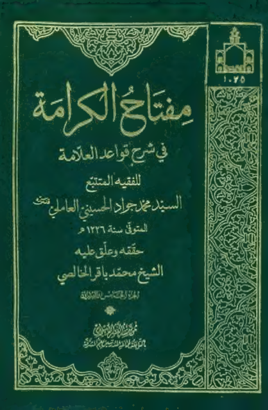

١٠٢٥
مِفتاحُ الكرامة
في شرح قواعد العلّامة
للفقيه المتتبّع
السيّد محمّد جواد الحسيني العاملي قدّه
المتوفّى سنة ١٢٢٦ هـ
حقّقه وعلّق عليه
الشيخ محمّد باقر الخالصي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القضاء

وفيه مقاصد:



الأوّل
في التولية والعزل

وفيه فصول:

الأول: في التولية

وإنّما تثبت بإذن الإمام أو نائبه ولا تثبت بنصب أهل البلد.

الحمدلله ربّ العالمين وصلّى الله على خير خلقه أجمعين محمّد وآله الطاهرين، ورضي الله عن مشايخنا وعلمائنا أجمعين وعن رواتنا المقتدين بالأئمّة الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين

قال آية الله سبحانه الإمام العلّامة أعلى الله تعالى مقامه:

كتاب القضاء

القضاء ولاية شرعيّة على الحكم والمصالح العامّة، وغايته قطع المنازعة،

ولو تراضى خصمان بحكم بعض الرعيّة فحكم لزمهما حكمه في كلّ الأحكام

وخواصّه أنّ الحكم فيه لا ينقض بالاجتهاد إلى غير ذلك من الخواصّ.

والقاضي يغاير المفتي والمجتهد والفقيه بالحيثيات وإن كانت الأوصاف المذكورة مجتمعة فيه فإنّ القاضي يسمّى قاضياً باعتبار حكمه وإلزامه وباعتبار مجرّد الإخبار والإعلام يسمّى مفتياً وباعتبار مجرّد الاستدلال يسمّى مجتهداً وباعتبار علمه بأنّ ما ظنّه حكم الله في حقّه يسمّى فقيهاً وعالماً بالعلم القطعي ومن هنا اشتهر أنّ ظنّية الطريق لا تنافي قطعيّة الحكم، وليست مبنيّة على القول بالتصويب.

وأمّا معناه لغة فقد قال الشهيد [1]: قال الصدوق سمعت بعض أهل العلم يقول: إنّ القضاء على عشرة أوجه يعني عشرة معان وعدّها، وذكر صاحب «مجمع البيان [2]» عشرة معان وفيها ما يخالف تلك، وفي «المصباح المنير» أنّ العلماء استعملوا القضاء في العبادة الّتي تفعل خارج الوقت المحدود لها شرعاً، وهو مخالف للوضع اللغوي لكنّه اصطلاح للتمييز [3] قلت: هو حقيقة شرعيّة.

وفي القضاء أمر عظيم لمن يقوم بشرائطه وخطره جسيم.

قوله: ﴿ولو تراضى خصمان﴾ جواز التحكيم لمن اتّصف بشرائط القاضي المنصوب دليله بعد دخوله في عموم ما دلّ على وجوب الأمر بالمعروف [4]

(١) راجع هامش قواعد الأحكام (ط الحجريّة): ج ٢ ص ٢٠٠.

(٢) مجمع البيان: سورة البقرة ذيل الآيه ١١٧ ج ١ ص ٣٦٢.

(٣) المصباح المنير: ص ٥٠٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١١ ص ٤٠٣ ب ٣ من أبواب الأمر بالمعروف.

وعموم قوله: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله﴾[١] الإجماع كما في «الخلاف[٢] والمجمع[٣]»وقد نفى عنه الخلاف في «المسالك[٤] والكفاية[٥]» فعبارة «التحرير[٦]» تحمل على ما إذا لم يكن جامعاً للشرائط، والأخبار كما رواه الشيخ في «الخلاف» عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله[٧]. والدلالة فيه من وجوه ذكرها في «الإيضاح[٨] والمسالك[٩]» واستدلّ عليه أيضاً في «الخلاف[١٠]» بأخبار الفرقة. ويشير إليه حسن أبي بصير[١١] ويزيد ابن إسحاق[١٢] وغيره من الأخبار[١٣]. فكأنّ من أنكر الدليل عليه من الأخبار لم يلحظ أخبار الكتب الثلاثة بكمال التأمّل ولم يظفر بأخبار الخلاف.

وهل يلزمهما حكمه إذا أمضاه عليهما أم يتوقّف على رضاهما به بعد الحكم؟ قولان ذكرهما في «المبسوط[١٤]» من دون ترجيح، وأصحّهما الأوّل كما اختاره المصنّف هنا والشيخ في «الخلاف[١٥]» والشهيد في «الدروس[١٦]» وغيرهم[١٧]. وهو المشهور كما نقله بعض[١٨].

والحجّة عليه بعد قول الصادق عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة[١٩] إجماع «الخلاف» وأخباره. ولم نعرف الخلاف ممّن تأخّر إلّا من المصنّف في «المختلف» حيث

---

(١) المائدة: ٤٤. (٢ و٧ و١٠ و١٥) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٢ و٢٤١ المسألة ٤٠.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٧. (٤ و٩ و١٨) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٣٢.

(٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٦٤. (٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٣.

(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(١١ و١٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٨ ب ٢٧ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١ و٢.

(١٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٩٨ ب ١١ من أبواب صفات القاضي.

(١٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٥. (١٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٧.

(١٧) رياض المسائل: ج ١٣ ص ٤٥.

(١٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ من أبواب صفات القاضي ح ١.

حتّى العقوبات، ولا يجوز نقض ما حكم به ممّا لا ينتقض فيه الأحكام وإن لم يرضيا بعده إذا كان بشرائط القاضي المنصوب عن الإمام. نعم لو رجع أحدهما عن تحكيمه قبل حكمه لم ينفذ حكمه.

قوّى الثاني إلّا أنّه بعد ذلك استجود الأوّل[1]؛ وإنّما يلزم الحكم إذا كان ما حكم به صحيحاً.

وليعلم أنّ الشهيد الثاني صرّح بأنّ قاضي التحكيم لا يتصوّر في حال الغيبة أصلاً[2]. لأنّه إن كان مجتهداً نفذ حكمه من دون تحكيم، وإلّا لم ينفذ حكمه حكّماه أم لا. قلت: ظاهر «الخلاف» بل و«المبسوط» تصوّره في حال الغيبة، فيتصوّر ذلك فيما إذا كان هناك أفضل منه بناء على المشهور من وجوب تقديم الفاضل على المفضول ـ وحينئذٍ فيتصوّر تراضي الخصمين بواحد من المجتهدين المفضولين، فإذا جاز التحكيم مع المنصوب الخاصّ فينبغي أن يجوز مع المنصوب بالإذن العامّ. ثمّ إنّا لا نسلّم أنّه يشترط فيه جميع ما يشترط في القاضي من الكتابة والبصر ونحوه. ولك أن تقول: إن كان هذا المفضول لا يعلم خلافه للفاضل جاز الرجوع إليه وليس بتحكيم، وإن علم خلافه لا يجوز الرجوع إليه عند القائل بتقديم الفاضل حتّى (فلا خ ل) يتصوّر في زمن الغيبة.

قوله: ﴿حتّى العقوبات﴾ للعمومات، والمراد بالعقوبة في كلام المصنّف الحبس وإقامة الحدود والتعزير والقود نفساً وطرفاً، وقد قال فيما بعد: وهل له الحبس واستيفاء العقوبة؟ إشكال. فلا أراه إلّا رجوعاً. إلّا أن تقول: نحمل الأوّل على الحكم بها والثاني على فعلها وإقامتها، وليس الحكم ملزوماً للفعل. أو يقال:

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٤١ و ٤٤٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

وفي حال الغيبة ينفذ قضاء الفقيه الجامع لشرائط الإفتاء، فمن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصياً.

الإشكال مع وجود قاض وهنا لا معه، ويأتي الكلام في ذلك مفصّلاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وفي حال الغيبة﴾ يدلّ عليه الإجماع والأخبار، ودعوى الظهور في حال الحضور في حيّز المنع، بل ظاهرها العموم، وضعف السند مجبور، فينفذ حكمه وإن لم يرضيا به من رأس.

وأمّا اشتراط اتصافه بالشرائط المذكورة فيدلّ عليه بعد الإجماع الأخبار الموافقة للاعتبار، وما كان منها بلفظ «روى حديثنا» [١] فقد أردف بقوله ﷺ: «ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا» فلا يكفي مجرّد الرواية كما توهّمه بعض [٢]. وما كان منها «يعلم شيئاً من أحكامنا» [٣] فالمراد أنّه علم ذلك بعد تحصيل الشرائط المذكورة، إذ لا يحصل العلم إلّا بها.

ولا نشترط في القاضي والمجتهد أن يكون عارفاً بجميع الأحكام الفقهيّة والمتجزّي لا يحصل له إلّا الظنّ لعدم الإجماع في حقّه كالمطلق فالمطلق عالم للإجماع على قبول ظنّه وظنّيّة الطريق لا تنافي قطعيّة (علمية خ) الحكم كما حرّر في محلّه فلا دلالة فيها على تجزّي الاجتهاد كما ظنّ جماعة [٤].

قوله: ﴿كان عاصياً﴾ أي وإن اتّفق أنّه حكم بالحقّ. وكذا إن تعذّر الفقيه منّا، لأنّهم ليسوا أهلاً لذلك، بل ليس الفقيه منّا أهلاً لذلك وإن جمع الشرائط، وإنّما

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٩٨ ب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١.

(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩. (٣) عوالي اللئالي: ج ٤ ص ٦٧.

(٤) منهم المحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩، والسيّد الطباطبائي في الرياض: ج ١٣ ص ٤٩.

ولو تعدّد تخيّر المدّعي لا المنكر في الترافع إلى من شاء إن تساووا ولو كان أحدهم أفضل تعيّن الترافع إليه حال الغيبة، وإن كان المفضول أزهد إذا تساويا في الشرائط. أمّا حال ظهور الإمام عليه السلام فالأقرب جواز العدول إلى المفضول لأنّ خطأه

منصب القضاء للنبيّ صلى الله عليه وآله أو الوصيّ ولمّا كان الفقيه الجامع للشرائط حاكياً عنهما صحّ أن يجلس مجلسهما. هذا مع الاختيار، وأمّا مع الضرورة فلا بأس كما إذا توقّف أخذ الحقّ على الرفع (الترافع خ) إليهم.

وقال الشهيد[1]: لا يجوز للشاهد الامتناع إذا أدّى إلى سقوط حقّه.

قوله: ﴿ولو تعدّد﴾ الفقيه ﴿تخيّر المدّعي﴾ لا أجد له مستنداً يعرج إليه سوى أنّه هو الّذي يرافع ولو ترك ترك فالمنازعة له فينبغي أن تتبع. وفيه تأمّل سيّما إذا كان مختار المنكر أعدل أو أورع، والأولى (وإلّا فالقرعة خ) القرعة إلّا أن يتقدّم داعي أحد القاضيين.

قوله قدس سره: ﴿ولو كان أحدهم أفضل﴾ المراد بالأفضل الأفضل في الفقه كما هو الظاهر فيدقّ الفرق بينهما، والّذي أراه أنّ المراد بالفاضل من يتّبع المآخذ وأصاب في الفكر والأفضل من وُجد فيه الوصفان لكنّ خطأه أقلّ.

وهل يقدّم الأعلم في غير الفقه مع التساوي؟ فيه احتمالان، والأجود التفصيل بين ما توقّف عليه العلم بمعاني الكتاب والسنّة أو ما زاد فيها بصيرة، أو كان له دخل في المسألة المترافع فيها وبين ما ليس كذلك وحينئذٍ فلا شبهة في تقديم العالم بذلك على غيره وإلّا فلا.

---

(١) راجع هامش قواعد الأحكام (ط الحجريّة): ج ٢ ص ٢٠٠.

ودليل هذا الحكم الإجماع الّذي حكاه المرتضى في ظاهر «الذريعة[١]» والمحقّق الثاني في صريح حواشي[٢] كتاب الجهاد من «الشرائع» ومقبولة ابن حنظلة[٣] الموافقة لأُصول المذهب من قبح تقديم المفضول على الفاضل والاعتبار العقلي وهو زيادة الاطمئنان.

قلت: لا ريب في الأرجحيّة، وأمّا أنّ ذلك متعيّن فمحلّ تأمّل، ودعوى الإجماع يوهنها شهرة الخلاف في الفروع والأُصول كما صرّح به في «المسالك[٤]» وهو ظاهر «التحرير[٥]» حيث قال: والوجه ... الخ. ونقله الشهيد[٦] عن الفخر. وظاهر المصنّف في «نهاية الأُصول[٧]» عدم تحقّق الإجماع، وظاهر عبارة «الشرائع[٨]» تجويز الرجوع إلى المفضول. ويرشد إليه تعدّد القضاة في البلد الواحد مع بُعد التساوي، وناهيك بما ذكر الوشّاء: من أنّه أدرك تسعمائة شيخ كلّ يقول: حدّثني جعفر بن محمّد عليه السلام[٩] أترى أنّ أهل الكوفة على كثرتهم كانوا إذا أرادوا الاستفتاء أو تنازع إثنان يعمدون إلى أفقه الفقهاء وأكثرهم جمعاً للأخبار؟ ولو تم ذلك لقضي بعدم جواز الرجوع إلى منصوب الإمام عليه السلام مع إمكان الرجوع إليه ولما جاز إمامة المفضول للفاضل فتأمّل. وقياسه على حال الإمامة والنبوّة غير سديد، لأنّ ذلك علم إلهي، ومنشأ الفتوى والحكم الظنّ، فقد يفرض وصول مفضول إلى الحقّ دون الفاضل ولا محذور فسقط القبح والاعتبار.

---

(١) الذريعة إلى أُصول الشريعة: ج ٢ ص ٣١٧.

(٢) حاشية الشرائع (حياة المحقّق الكركي وآثاره): ج ١١ ص ١١٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ من أبواب صفات القاضي ح ١.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٤٣.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٦.

(٦) راجع هامش قواعد الأحكام (ط الحجريّة): ج ٢ ص ٢٠١.

(٧) لم نعثر عليه.

(٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٩.

(٩) رجال النجاشي: ص ٤٠ رقم ٨٠.

يتجبر بنظر الإمام،

وما اعتمده في «الإيضاح» من أنّهما متفاوتان في العلم فلا يتساويان في جواز الترافع إليهما لأن نفي المساواة بينهما عامّ أي لا يتساويان في شيء[١]، فأضعف شيء، لأنّ الاستواء في الإثبات يصدق على الشيئين باعتبار تساويهما ولو في أمرما فيكون سلبه عامّاً كما قرّر في فنّه، على أنّا نقول: إنّ أهل العرف لايفهمون من نفي المساواة العموم، ويدفع (و مع خ) ذلك كلّه أنّ محلّ الفرض ماإذا علم اختلافهما.

وأمّا المقبولة فقد قال في «المسالك» إنّها نصّ في المطلوب ـ أعني المنع ـ لكنّه استضعفها باعتبار سندها، ثم قال: فإن تمّ الاستدلال بها لانجبار ضعفها فهي العمدة وإلّا فلا[٢].

قلت: ليس هذا محلّ توقّف لاتّفاقهم على قبولها والعمل بمضمونها مع اعتضادها بأخبار أُخر مقبولة. إنّما الكلام في الدلالة فإنّها وما في معناها إنّما جاءت في المتعارضين كلّ يحكم بخلاف الآخر، وليس فيها أنّه لا يجوز التحاكم ابتداءً ولا استفتاءً إلّا عند الأفضل، إلّا أن يدّعى التنقيح فليتأمّل. وقد نقل الإجماع جماعة من الأُصوليّين على تعيين الأعلم إذا اختلفا. ثمّ إنّا نقول: إنّ ماورد عنهم إنّما ورد في مطلق الفقيه مع علمهم ـ صلوات الله عليهم ـ بكثرة الفقهاء وحَمَلة الأخبار، ولو أرادوا ذلك لقالوا: اعمدوا إلى أفقهكم وأعرفكم، ولم يقولوا: إلى رجل منكم قد عرف ... إلخ، فالمسألة محلّ تأمّل وإشكال.

قوله: ﴿ يتجبر بنظر الإمام عليه السلام ﴾ استوجه في «الدروس» المنع حسماً

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٥.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٤٥.

وهكذا حكم التقليد في الفتاوى. ويستحبّ التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الأعيان

لمادّة التخطّي مع منع الآية على الإطلاق[١]. ولعلّه يريد قوله تعالى: ﴿أفمن يهدي إلى الحقّ﴾[٢] وما ذكره المصنّف إنّما يتمّ مع قربه وإطّلاعه على أحكامه لا في البعيد عنه أو القريب إليه الّذي لا يطّلع على جميع وقائعه في جميع الأوقات، والمسألة أعمّ من ذلك إلّا أن تقول: إنّ المراد أنّه يمكنه مراجعة الإمام فيما يشتبه عليه وما فيه من الورع يبعثه على ذلك، فبذلك يضعف احتمال الخطأ في الحكم. وهذا كما ترى خلاف المفروض، إذ ما نحن فيه إنّما هو ما لم يشتبه فيه، على أنّا نقول: إذا علم الإمام بالرجوع إليه فذاك منه رخصة له، فما لم يثق به لا يرخّص في الرجوع إليه، فعاد بالأخرة دليلاً على جواز الرجوع إلى المفضول مع وجود الفاضل حتّى في حال الغيبة، فليتأمّل جيّداً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويستحبّ التولية لمن يثق بنفسه﴾ أي بأن لا يخرج عن الشرع، وقد أجمعت الأُمّة ـ كما في «المبسوط[٣]» ما عدا أباقلابة، لإن كان يحتمل أنّه غير فقيه ـ على أنّه طاعة وأمر مرغوب عقلاً ونقلاً. والاستحباب العيني لا ينافي الوجوب الكفائي، فلا ريب في رجحانه على الاكتساب بالمباح. وهل يرجّح على التدريس لمن عنده كفاية عياله؟ صرّح الأكثر برجحان التعليم عليه لسلامته من الخطر، ولا ريب في أنّه يرجّح لخامل الذكر الّذي لا يتمكّن من التعليم لخموله ولو كان عنده كفاية. وهل يرجّح على التصنيف؟ احتمالان وبيان المسألة على هذا النحو ممّا تلتئم به كلمات أكثر

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٠.
(٢) يونس: ٣٥.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٨٢.

وتجب على الكفاية. ويجب على الإمام تولية القضاء في البلاد فإن امتنعوا من الترافع إليه حلّ قتالهم طلباً للإجابة.

الأصحاب، وفي «الوسيلة» قسمه إلى واجب ومكروه ومندوب ومحظور، وجعل المكروه تولّية لمن عنده كفاية وعرف بالفضل [١]. وتبعه على ذلك أبو العبّاس [٢] وتلميذه الصيمري [٣] وغيرهما [٤].

إذا تقرّر هذا فينبغي له أن يرتكب ذلك حال الغيبة وأن يقبله، ويعرّف الإمام حاله حال الحضور مع عدم معرفته به. وأمّا ما ورد ممّا يوهم الترغيب عنه فالمراد منه بيان اشتماله على المشاقّ العظيمة والخطر الجسيم كيف لا؟ وهو مناصب الرسل والأوصياء عليهم السلام.

قوله قدس سره: ﴿وتجب على الكفاية﴾ يدلّ عليه بعد مرسل ابن أبي عمير [٥] والخبر النبويّ [٦] عموم ما أوجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والإجماع كما في «المجمع [٧]» والاعتبار من تحصيل النظام ودفع المفاسد. ولا فرق بين حال الحضور والغيبة إن لم يتعيّن، وانحصار الوجوب في الفرد الواحد بالعرض لتعيّنه أو تعيينه لا يوجب الوجوب العيني المحض، فإطلاق الوجوب الكفائي على التولية نظراً إلى أصلها كما هو الشأن في كلّ واجب كفائي.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويجب على الإمام ... إلخ﴾ لما يجب عليه من سياسة العباد والحكم بما أنزل الله.

---

(١) الوسيلة: ص ٢٠٨. (٢) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٥٥.
(٣) غاية المرام: ج ٤ ص ٢١٧. (٤) كالفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠ ـ ١٢.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١١ ص ٣٩٥ ب ١ من أبواب الأمر والنهي ح ٩.
(٦) سُنن البيهقي: ج ١٠ ص ٩٣. (٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩.

ولو تعدّد من هو بالشرائط وتساووا لم يجبر الإمام أحدهم على الامتناع إلّا أن يلزمه الإمام عليه السلام. ولو لم يوجد سوى واحد لم يحلّ له الامتناع مطلقاً بل لو لم يعرف الإمام بحاله وجب عليه تعريف حاله لأنّ القضاء من باب الأمر بالمعروف.

قوله رحمه الله: ﴿لم يجبر الإمام﴾ يحتمل في وجه عليل أن تكون «على» للتعليل كما في قوله تعالى: ﴿لتكبّروا الله على ما هداكم﴾[1] فالأولى في التأويل أن يكون التقدير: فلا يجبر الإمام أحدهم على التولّي على تقدير الامتناع.

قوله رحمه الله: ﴿إلّا أن يُلزمه الإمام عليه السلام﴾ أي فتجب عليه الإجابة عيناً وإن ساوى غيره، ولعلّ ذلك لخصوصيّة فيه لا يعلمها سوى الإمام عليه السلام كما هو مختار «الخلاف[2] والكشف[3] والتحرير[4] والدروس[5] والمهذّب[6]» والحجّة عليه أنّ مخالفة الإمام معصية. وفي «المبسوط[7] والشرائع[8]» أنّ الإمام لا يُلزم بما ليس بلازم فلا يتعيّن، وهو ظاهر «السرائر[9] والوسيلة[10]» حيث حصر فيها من يجب عليه عيناً فيمن لم يجد الإمام سواه. ومستندهم أنّه لا يمكن منه الإلزام مع التساوي، وقد علمت أنّه يجوز أن يكون هناك خصوصيّة لا يطّلع عليه سوى الإمام. وربّما عاد النزاع لفظيّاً، فتأمّل.

قوله رحمه الله: ﴿مطلقاً﴾ أي سواء نصّ له على الإلزام أم لا.

---

(١) البقرة: ١٨٥.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٠٩ المسألة ٢.
(٣) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٥.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٠.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٦.
(٦) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٥٢.
(٧) المبسوط: ج ٨ ص ٨٢.
(٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٩.
(٩) السرائر: ج ٢ ص ١٥٣.
(١٠) الوسيلة: ص ٢٠٨.

ولا يجوز أن يبذل مالاً لِيَليه إلّا أن يعلم من تعيّن عليه أنّ الظالم لا يولّيه إلّا بالمال فيجوز بذله. ولا يجوز الولاية من قبل الظالم إلّا إذا عرف من نفسه التمكّن من الحكم بالحقّ، فإن لم يعلم لم يحلّ له إلّا مع الإلزام فيجوز.

قوله ﷺ: ﴿ولا يجوز﴾ يريد أنّه لا يجوز أن يبذل للظالم مالاً بقرينة آخر العبارة، مضافاً إلى أنّا لا نجد بأساً في أن يبذل للعادل لبيت المال شيئاً للتولية وإن تردّد في ذلك في «الدروس[1]» بل للأمن من العزل، والمنع من بذل المال للظالم إنّما هو حيث لم يتعيّن عليه أو تعيّن عليه لكنّه علم أنّه يولّيه بدون مال، لأنّه كالرشوة. ويظهر من «الشرائع» التوقّف في المنع[2]، وفي «المبسوط[3] والدروس[4]» جزم به. أمّا إذا تعيّن عليه وعلم أنّ الظالم لا يولّيه إلّا بالمال فقد حكم المصنّف ﷺ بالجواز. والحقّ أنّه يجب من باب المقدّمة. وكذا البذل لئلّا يعزله أو يعزل منصوباً من قبله لا يصلح للقضاء. ولعلّ المصنّف ﷺ إنّما عبّر بالجواز، لأنّه إذا جاز في مثل هذا المقام فقد وجب، فتأمّل.

قوله قدس الله روحه: ﴿من الحكم بالحقّ﴾ أي فيجوز، بل يجب إذا توقّف عليه إقامة الحقّ من باب المقدّمة، بل قد يجوز ارتكاب كثير من المنكرات أو يجب للأمر ببعض المعروف أو النهي عن بعض المنكر، وقد أنكر هذا علم الهدى[5] في بعض مسائله وإنّه منه عجيب!

قوله ﷺ: ﴿إلّا مع الإلزام فيجوز﴾ أي لأهل التقيّة، ولا فرق في ذلك بين

(١ و ٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٧.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٩.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٨٤.
(٥) رسائل الشريف المرتضى: ج ٢ ص ٩٣.

إلّا أن يكون الحكم في قتل من لا يحلّ قتله فيحرم مطلقاً. ولو تعيّن وخاف على نفسه الخيانة وجب عليه الطلب وترك الخيانة

أن يخاف على نفسه أو ماله أو على غيره من المؤمنين كذلك، واقتصر علم الهدى[1] على الخوف على النفس، وعليه بعد ذلك بذل الجهد في التحرّز والتحفّظ والحكم بالحقّ، فإذا اضطرّ في واقعة إلى الحكم بالباطل حكم به تقية (عليه خ).

[قوله: ﴿بل يجب عليه﴾][2] أي يجب عليه طلب تولية القضاء وترك الخيانة لتمكّنه من تركها.

قوله: ﴿إلّا أن يكون الحكم﴾ للإجماع والصحيح: إنّما جعلت التقيّة لتحقن الدماء فإذا بلغ الدم فلا تقيّة[3]، ونحوه الموثّق[4]. وظاهر إطلاق الخبر يشمل الجرح، إلّا أنّه ينبغي أن يقتصر على المتيقّن في الخروج عن العمومات المجوّزة لفعل المحرّمات بسبب التقيّة، والمتيقّن المتبادر هو القتل، فينبغي المصير إلى جواز الجرح الّذي لم يبلغ حدّ القتل، ولذا اقتصر المصنّف وغيره على القتل. وينبغي القطع بالجواز إذا خاف على نفسه بترك الجرح، وأمّا إذا خاف على عِرضه إن لم يقطع يد زيد مثلاً فالاحتياط لازم.

وهل المسلم يشمل المخالف أم يختصّ بالمؤمن؟ الظاهر الثاني إذا خاف على نفسه المؤمنة والأوّل إذا خاف على عرض أو مال.

---

(١) رسائل الشريف المرتضى: ج ٢ ص ٩٤.

(٢) لا يوجد في نسخ للقواعد الّتي بين أيدينا قبل الاستثناء، نعم تأتي بعده كما ترى بدون كلمة «بل» وبلفظ «وجب».

(٣ و ٤) وسائل الشيعة: ج ١١ ص ٤٨٣ ب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح ١ و ٢.

فإن وجد من هو أصلح منه حرم عليه الطلب. وللقاضي الاستخلاف مع الإذن صريحاً أوفحوىً أو بشاهدالحال كأن يكون ولايته متّسعة لا ينضبط بالواحد. ولو منعه عن الاستخلاف حرم، وكذا لو أطلق.

وتثبت الولاية بالاستفاضة كما يثبت بها النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق ولو لم يستفض

قوله ﷺ: ﴿فإن وجد من هو أصلح﴾ قد تضمّن هذا حكمين: سقوط وجوب الطلب وحرمته، أمّا السقوط فلوجود من فيه الكفاية، وأمّا حرمته فلوجوب دفع الخوف وهذا بعض طرقه، وترك الواجب حرام. قلت: في الحكم بالحرمة مع تمكّنه من دفع الخوف بقهر نفسه على عدم الخيانة تأمّل ظاهر لا يكاد يخفى، فليتأمّل، نعم التفويض إليه أولى كما في «الدروس[1]».

قوله ﷺ: ﴿وللقاضي الاستخلاف﴾ قد استوعب المصنّف والشهيد في «المسالك[2]» أطراف المسألة ولم يبق عليه إلّا أنّه إذا استخلف حيث صحّ له الاستخلاف هل له أن يعزل أم لا؟ الحقّ أنّ له ذلك كما هو مختار جماعة[3]، لأنّ هذه الولاية صارت مستحقّة له، فلم يشبه الحال فيه الحال فيما أذن الموكّل للوكيل أن يوكّل، ويأتي الكلام فيه مفصّلاً، والفحوى استعمال اللفظ في غيره ما اقتضاه ظاهراً فيفهم المراد على سبيل القطع سواء كان أولى أو لا.

قوله ﷺ: ﴿وتثبت الولاية بالاستفاضة﴾ الولاية تثبت بسماع التولية من الإمام أو بشهادة العدلين أو الاستفاضة المحصّلة للعلم أو الظنّ المتاخم له، لأنّه

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٧. (٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٤٥.

(٣) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١٢٧، والعلّامة في الإرشاد: ج ٢ ص ١٣٩، والشهيد في الدروس: ج ٢ ص ٦٨.

علم عرفي والكلّ محلّ اتّفاق، وإنّما الخلاف فيما إذا أفادت الظنّ الراجح فقد قال المولى الأردبيلي‌رحمه‌الله: لا نعرف له دليلاً إلّا قولهم على الإجمال فإن كان إجماعاً وإلّا ففيه تأمّل [١].

قلت: يدلّ عليه ما رواه يونس عن بعض رجاله عن أبي عبدالله‌عليه‌السلام: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والأنساب [٢]، وضعفه ينجبر بالشهرة. ويدلّ عليه أيضاً ما رواه الشيخ في «المبسوط» حيث قال بعد أن نقل الخلاف في هذه واختار عدم ثبوت الولاية بالاستفاضة إن لم تبلغ إلى حدّ يوجب القطع ما نصّه: ويقوى في نفسي في هذه المسائل أنّها تثبت بالاستفاضة وعليه تدلّ أخبارنا، فهذا إخبار منه بأنّ هناك أخباراً تدلّ عليه [٣]. ويؤيّده ما علّلوه به من أنّه لا مدخل في هذه للبيّنة غالباً، مضافاً إلى استمرار السيرة على ذلك في زمن الرسول‌صلى‌الله‌عليه‌وآله.

وأمّا ما يقال: من أنّها تفيد ظنّاً أقوى من ظنّ الشاهدين فأوهن شيء، لأنّ الشارع‌عليه‌السلام لم يقبل الشاهدين لمكان الظنّ وإلّا فإنّه ربّما حصل من قول المدّعي أو المنكر ولم يحصل بهما.

وقد ذكر المصنّف هنا وفي «التحرير [٤]» هذه الخمسة [٥] كما صنع المحقّق [٦] والشهيد [٧]، وزاد بعضهم: الرقّ والولاء [٨] وقد علمت ما اشتمل عليه الخبر، والمسألة محلّ تأمّل.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٣٢.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٢ ب ٢٢ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٨٦.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٧ ـ ١١٨.
(٥) بل السبعة، كما صريح ما عدّه في المتن.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٠.
(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٧.
(٨) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥.

سيّر معه شاهدين على الولاية. ولا يجب قبول قوله مع عدم البيّنة حينئذٍ وإن شهدت له الأمارات الظنّية.

والتحكيم سائغ وإن كان في البلد قاض. وهل له الحبس واستيفاء العقوبة؟ إشكال.

قوله رحمه الله: ﴿سيّر معه شاهدين﴾ فتكون شهادتهما ماضية على من سمعهما ثمّ تسري على (إلى خ) كلّ من علم بشهادتهما بالاستفاضة وإن لم يسمعها فعادت في حقّ غير السامع إلى الاستفاضة. وليست شهادتهما حينئذٍ قسماً برأسه كما هو ظاهر. والفرق بينهما وبين الاستفاضة الاُولى أنّ موضع (موضوع خ) الاُولى ثبوت مشافهة الإمام عليه السلام وموضع (موضوع خ) الثانية شهادة الشاهدين.

هذا وربّما قيل: بالمنع من قبول الشاهدين، لأنّ الحجّة إنّما تقام عند الحاكم، والحاكم المعزول قد ارتفع حكمه بنصب الحاكم الجديد أو وصول خبره على القولين. ودفعه في «المسالك» بجواز ثبوته عند حاكم غير معزول قريب من محلّ الولاية، وبجواز اشتراط عزله بثبوت الولاية للثاني عنده [1]، فتأمّل.

قوله رحمه الله: ﴿حينئذٍ﴾ أي حين لم يستفض.

قوله رحمه الله: ﴿وإن شهدت [له] الأمارات الظنّيّة﴾ أي غير المتاخمة للعلم، وإلّا فتلك علم عرفاً والشارع عليه السلام لا يطلب منّا أكثر من ذلك.

قوله رحمه الله: ﴿وإن كان في البلد قاض﴾ بل لو كان الإمام عليه السلام.

قوله رحمه الله: ﴿وهل له الحبس؟﴾ ذهب السيّد [2] والشيخ [3] والشهيد [4]

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٥٢.
(٢) رسائل الشريف المرتضى: ج ٢ ص ٩٣.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٤.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٨.

ولا ينفذ على غير المتراضين حتّى لا يضرب دية الخطأ على عاقلة الراضي بحكمه. ويجوز أن يولّيه عموم النظر في خصوص العمل بأن يقلّده جميع الأحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه في أهله ومن يأتي إليه، وأن يقلّده خصوص النظر في عموم العمل مثل جعلت إليك الحكم في المداينات خاصّة في جميع ولايتي فلا ينفذ حكمه في غيرها. ولو قال الإمام: من نظر في الحكم بين فلان وفلان فقد ولّيته ففي انعقاد الولاية فيه نظر.

والألفاظ الّتي ينعقد بها الولاية سبعة: ولّيتك الحكم، وقلّدتك، واستنبتك، واستخلفتك، ورددت إليك الحكم، وفوّضت إليك، وجعلت إليك.

وغيرهم [1] إلى أنّ له استيفاء ذلك، لعموم أدلّة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وأدلّة التحكيم الناهية عن الردّ على من له أهليّته وخبر حفص بن غياث [2] عن الصادق عليه السلام: إنّ إقامة الحدود إلى من إليه الحكم. وذهب الشيخ في «النهاية [3]» وسلّار [4] وفخر المحقّقين [5] إلى العدم، لاشتراك الحدود بين حقّ الله وحقّ الناس والتحكيم إنّما هو في حقوق الناس، مضافاً إلى الاحتياط في الدماء (وعصمتها خ). ويشترط فيه أن لا يكون ولد أحدهما، لأنّه لا يمضي حكمه على أبيه.

قوله قدس سره: ﴿ففي انعقاد الولاية فيه نظر﴾ الضمير في «فيه» يعود إلى

---

(١) كالفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣٨ ب ٢٨ من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.
(٣) النهاية: ص ٣٠٠ ـ ٣٠١.
(٤) المراسم: ص ٢٦٠.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

الفصل الثاني: في صفات القاضي

ويشترط فيه البلوغ والعقل والذكورة والإيمان والعدالة وطهارة المولد والعلم،

الحكم أي في انعقاد الولاية في ذلك الحكم نظر من الإبهام الشامل لمن لا يصلح للتولية مع أنّها توكيل يشترط فيه التعيين، وللتعليق الّذي لا يجوز في أمور جزئيّة، ثمّ إنّها توكيل ويشترط فيه التنجيز أيضاً، ومن [1] أنّ ذلك استدعاء معناه الإنشاء فكان متضمّناً الإذن في القضاء، والإطلاق ينصرف إلى من يصلح له واشتراط التعيين ممنوع، وقد علّق رسول‌الله صلى الله عليه وآله حيث قال: أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر فإن قتل فأميركم عبدالله [2]، والإمارة أكبر من القضاء.

وفيه: إنّه قياس. واختار في «الإيضاح [3]» الأوّل، والثاني أولى لما عرفت. ونحوه ما إذا علّق التولية العامّة بمثل ذلك وأبهم.

وليعلم أنّ كلام المصنّف خال عن البحث في انعقاده في غير ذلك الحكم المخصوص فلا يخلو مذهبه عن وجهين: الأوّل: الجزم بالانعقاد في الغير لحصول الشرط ولاينعقدفي ذلك الحكم، لامتناع تقدمالمشروط علىالشرط. الثاني: الجزم بعدم الانعقاد في غيره لأنّ القضاء لا يصحّ تعليقه على الشرط كما تقدّم فتأمّل.

الفصل الثاني: في صفات القاضي

قوله رحمه الله: ﴿ويشترط فيه البلوغ﴾ هذه الشروط السبعة معتبرة إجماعاً

---

(١) عطف على قوله: من الإبهام.

(٢) المغني لابن قدامة: ج ٦ ص ٥٧٢.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

معلوماً ومنقولاً حتّى في «المسالك[١] والكفاية[٢] والمفاتيح[٣]» لأنّ الصبي مراهقاً وغيره لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يصلح لها على الناس، وكذا المجنون مطلقاً مطبقاً أو دورياً وقد نفى الله جلّ ذكره السبيل للكافر على المؤمن[٤]، فمراد المصنّف بالإيمان الإسلام بقرينة قوله: «ولا الكافر والفاسق»، ومثل المصنّف منع المحقّق في «الشرائع[٥]» فسقط اعتراض «المجمع» على «المسالك» حيث قال: ولا يحتمل أن يكون المراد من الإيمان مجرّد الإسلام كما ذكره في «شرح الشرائع[٦]».

وأمّا الفاسق فيشمل المؤمن وغيره من فرق المسلمين، أمّا المؤمن الفاسق فلعدم ثقته وصلاحيته في الصلاة والشهادة والإفتاء فالقضاء أولى، وأمّا غير المؤمن فللأخبار الواردة بالتقاضي إلى رجل منكم[٧] مع ما تقدم. ومن العامّة من جوّز تولية الكافر على أهل ملّته[٨].

وأمّا الامرأة فلما ورد في خبر جابر عن الباقر عليه السلام: ولا تولّي القضاء امرأة[٩]. وقد أنكر الدليل المقدّس الأردبيلي رحمه الله[١٠] إن لم يكن إجماع وهذا خبر منجبر بالشهرة العظيمة إن أنكر الإجماع، مع ما ورد: من نقصان عقلها ودينها وعدم صلاحيّتها في الصلاة للرجل وأنّ شهادتها نصف شهادة غالباً[١١]، وقال في

(١) مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ٣٢٧.
(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٦٠.
(٣) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٤٦.
(٤) النساء: ١٤١.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٧.
(٦ و ١٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٦ و ١٥.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٤ ب ١ من أبواب صفات القاضي ح ٥.
(٨) الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ١٥٧.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٤ ص ١٦٢ ب ١٢٣ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه ح ١، وفي ج ١٨ ص ٦ ب ٢ من أبواب صفات القاضي ح ١.
(١١) راجع نهج البلاغة (لصبحي الصالح): ص ١٠٥ الخطبة ٨٠.

فلا ينفذ قضاء الصبيّ وإن كان مراهقاً ولا المجنون ولاالكافر والفاسق ولا المرأة ـ وإن أجمعت باقي الشرائط ـ ولا ولد الزنا ولاالجاهل بالأحكام، ولا غير المستقلّ بشرائط الفتوى. ولا يكتفى بفتوى العلماء، ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه،

«الخلاف»: إنّ أبا حنيفة جوّز ولايتها فيما تقبل فيه شهادتها وابن جرير أطلق [1].

وأمّا ولد الزنا فإن قلنا: إنّه كافر فلا كلام، وإلّا فلبعده عن قبول الشهادة والإمامة في الصلاة فمن الولاية أولى.

وأمّا الجاهل بالأحكام فالحكم فيه ظاهر والنصّ فيه متضافر.

قوله: ﴿ولا غير المستقلّ بشرائط الفتوى﴾ أي ولا المقلّد الغير المستقلّ ولا فرق فيه بين المطّلع على فتاوى الفقهاء وغيره في حالة الاختيار والاضطرار بإجماعنا فيهما المعلوم والمنقول حتّى في «المفاتيح [2]» مضافاً إلى ما سلف لنا من الأخبار كخبر سليمان بن خالد الناطق بأنّ الحكومة إنّما هي للعالم العادل كنبيّ، أو وصيّ نبيّ [3] ونحوه، لأنّه في الحقيقة جاهل.

قوله: ﴿ولا يكتفى ... إلخ﴾ هذا إشارة إلى خلاف بعض العامّة.

قوله: ﴿ويجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه﴾ بالاجتهاد دون التقليد قوّة قريبة أو فعلاً، فلا يكفي التجزّي إجماعاً كما هو ظاهر «المسالك [4] والكفاية [5]» مضافاً إلى قول الصادق عليه السلام «عرف أحكامنا» [6]

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٣ المسألة ٦.
(٢) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٤٧.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧ ب ٣ من أبواب صفات القاضي ح ٣.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٢٨.
(٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٦٣.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٩٩ ب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١.

ضابطاً،

بالجمع المضاف إلى المعرفة.

فإن قلت: إن تجزّت التولية كفى الاجتهاد فيما وليه فحسبُ فلا يشترط مطلقاً أن يكون مجتهداً مطلقاً.

قلت: لابدّ منه إجماعاً ورواية كما علمت، وخبر أبي خديجة قد سلف[١] منّا حمله على أنّ المتجزي لا يعلم وإنّما يظنّ وظنّه لا يرجع إلى علم، أو نحمله على أنّ الناس إنّما يعلمون من قضاياهم شيئاً، أو ينزّل التنكير على التكثير، فبطل ما ذكر الشهيد وجماعة.

قوله: ﴿ضابطاً﴾ كما في «الإرشاد[٢] والتبصرة[٣] والشرائع[٤] والنافع[٥] والدروس[٦] والروضة[٧] وتعليق النافع» للمحقّق الثاني. وقد فسّر في «الشرائع والنافع والتعليق» المذكور بأن لا يغلب عليه النسيان، وعليه فيجوز تولية المساوي، وفي «الدروس والروضة» بغلبة الحفظ كالمصنّف ﷺ هنا فيخرج المساوي. ولعلّ المراد من التفسيرين معنى واحد وهو قوّة الحفظ كما صرّحوا به في الراوي. وقضيّة هذا الشرط أنّ ذلك لو طرأ عليه بعد التولية انعزل. وقد خلا من هذا الشرط كثير من كتب الأصحاب «كالتحرير[٨]» وظاهر غيره لكنّه يفهم من مطاوي كلامهم ولا سيّما عند التعرّض للكتابة، وقد أجمعوا على اعتباره في الراوي. وربّما أشار إليه قوله ﷺ: «أصدقهما»[٩] إذ الصدق مطابقة الخبر للواقع

---

(١) قد في ص ٧ ـ ٦.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٨.
(٣) تبصرة المتعلّمين: ص ١٨٦.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٧.
(٥) المختصر النافع: ص ٢٧١.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٥.
(٧) الروضة البهية: ج ٣ ص ٦٢.
(٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٠.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧٥ ب ٩ من أبواب صفات القاضي ح ١.

محافظاً على فعل الواجبات أميناً.

فتأمّل. وربّما قيل[١]: لا حاجة إلى هذا الشرط، لأنّ عدالته تمنعه من الحكم إلّا بعد تذكّر المنسيّ. وفيه نظر ظاهر قرّر في الأُصول. وقضيته عدم اعتبار ذلك في الراوي وهو خلاف الإجماع.

وقال المقدّس الأردبيلي: ما نجد مانعاً لحكم من لا ضبط له كثيراً وضبط حكم هذه الواقعة[٢]. قلت: المانع عدم الوثوق ولا وثوق بمن يتساوى سهوه وذكره أو يغلب سهوه على ذكره، وهل المانع من الفاسق إلّا عدم الوثوق؟ وإلى هذا المعنى الّذي ذكره الأردبيلي هنا أشار المصنّف في الراوي في أُصوله قال: إنّما يفتقر إلى الضبط في قصار الأحاديث دون طوالها[٣]. وهو كما ترى فتأمّل.

قوله: ﴿محافظاً على فعل الواجبات أميناً﴾ ربّما اندرج هذان تحت العدالة كما نصّ عليه في «المختصر النافع[٤]» لأنّ غير المحافظ والأمين فاسق، وإن أراد المحافظة على أداء الفرائض في أوّل وقتها وما كان ليريده فكذلك لأنّ من اعتاد تأخير الفرائض إلى آخر الوقت فاسق أيضاً، وإن أراد بهما الزيادة على ما يعتبر في العدالة فلابدّ له من دليل.

وزاد في «النهاية[٥] والسرائر[٦]» وغيرهما[٧]: أن يكون زاهداً في الدنيا متوفّراً على الأعمال الصالحة شديد الحذر من الهوى حريصاً على التقوى. نسأل الله سبحانه بمحمّد وآله ﷺ أن يجعلنا كذلك.

---

(١) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٢٠.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥.
(٣) نهاية الوصول للعلّامة: ج ٣ ص ٤٣٣.
(٤) المختصر النافع: ص ٢٧١.
(٥) النهاية: ص ٣٣٧.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٥٥.
(٧) المقنعة: ص ٧٢١.

ولو غلب النسيان أو ساوى ذكره لم يجز توليته. وفي اشتراط علمه بالكتابة إشكال،

قوله: ﴿بالكتابة إشكال﴾ اشتراط الكتابة مذهب الشيخ[١] والحلي[٢] والمحقّق[٣] واليوسفي الآبي[٤] والفخر[٥] والشهيدين[٦] وأبي العباس[٧] وتلميذه الصيمري[٨] والكاشاني[٩] والمصنّف في «الإرشاد[١٠]» وكذا «التحرير[١١]» على تردّد. ونسبه إلى الأكثر في «المسالك[١٢]» وإلى الشيخ والأتباع في «كشف الرموز[١٣]».

ولم أجد قائلا بالعدم إلّا ما احتمله المحقّق والمصنّف، للأصل ولأنّ النبي ﷺ قاضي الكلّ مع فقدها فيه. والأصل مقطوع بالإجماع على الظاهر وباضطراره إلى الضبط مع موافقة الاحتياط، والنبيّ ﷺ معصوم مؤيّد بالوحي، وكان عالماً بالكتابة بعد البعثة كما صرّح به الشيخ[١٤] وأبو عبدالله الحلّي[١٥] واليوسفي[١٦] والمصنّف في «التحرير[١٧]» وقد نقل ذلك أبو العبّاس[١٨] والشهيد في «النكت[١٩]» عن الشيخ وسبطه أبي عبدالله الحلّي الساكتين عليه. وكأنّه في «المسالك» لم يظفر بما ورد من الأخبار حتّى نسب ذلك إلى خلاف الظاهر، ففي «العلل[٢٠]» عن جعفر بن محمّد الصوفي أنه سئل الرضا ﷺ لم سمّوا النبي ﷺ الأمّي؟ فقال: ما يقول الناس؟

(١ و ١٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٠.
(٢ و ١٥) السرائر: ج ٢ ص ١٦٦.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٧.
(٤ و ١٣ و ١٦) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٣ و ٤٩٤.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٨.
(٦) غاية المراد: ج ٤ ص ٦، والروضة البهية: ج ٣ ص ٦٧.
(٧ و ١٨) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٥٦ و ٤٥٧.
(٨) غاية المرام: ج ٤ ص ٢١٥.
(٩) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٤٧.
(١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٨.
(١١ و ١٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٠ و ١١٢.
(١٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٢٩.
(١٩) غاية المراد: ج ٤ ص ٦.
(٢٠) علل الشرائع: ب ١٠٥ ص ١٢٤ ح ١.

وكذا البصر. والأقرب اشتراطهما

قال: إنّه إنّما سمّي الأُمّي لأنه لم يحسن أن يكتب. فقال عليه السلام: كذبوا، عليهم لعنة الله أنّى ذلك؟ والله يقول في محكم كتابه ﴿وهو الّذي بعث في الأميين رسولاً منهم يتلوا عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة﴾[١] فكيف كان يعلّمهم ما لا يحسن؟ والله لقد كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقرأ ويكتب باثنتين وسبعين ـ أو قال: بثلاثة وسبعين ـ لساناً، وإنّما سمّي الأُمّي، لأنّه كان من أهل مكّة، ومكّة من أُمّهات القرى، وذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿لتنذر أمّ القرى ومن حولها﴾[٢] ومثله بتفاوت يسير مرفوعة علي بن حسّان وعلي بن أسباط وغيره عن الباقر عليه السلام[٣]، فالأخبار في ذلك متضافرة.

قوله: ﴿وكذا البصر﴾ واشتراط البصر مذهب الشيخ في «المبسوط[٤]» والمحقّق[٥] والمصنّف في «الإرشاد[٦] والتحرير[٧]» وولده[٨] والشهيدين[٩] وأبي العبّاس[١٠] واليوسفي[١١] والصيمري[١٢]. وهو المنقول عن القاضي وابن الجنيد وعلي ابن مسعود والكيدري ويحيى بن سعيد، ذكر ذلك في «غاية المراد[١٣]» ونسبه الصيمري[١٤] في «غاية المرام» إلى المشهور وفي «المسالك» إلى الأشهر[١٥].

---

(١) الجمعة: ٢.
(٢) الانعام: ٩٢، والشورى: ٧.
(٣) علل الشرائع: ب ١٠٥ ص ١٢٥ ح ٢.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٠١.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٨.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٨.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٠.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٨.
(٩) الشهيد الأوّل في الدروس: ج ٢ ص ٦٥، والشهيد الثاني في المسالك: ج ١٣ ص ٣٣٠.
(١٠) المقتصر: ص ٣٧٥.
(١١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٤.
(١٢ و١٤) غاية المرام: ج ٤ ص ٢١٦.
(١٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٤ ـ ٥.
(١٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٣٠.

واشتراط الحرّية

قلت: كلّ من اشترط الكتابة لابدّ وأن يشترطه، مضافاً إلى أنّ الأعمى لا تنفذ شهادته في بعض الأحكام والقاضي تنفذ مطلقاً، وافتقاره إلى التميّز بين الخصوم ولا يتيسّر غالباً بدونه، ونمنع أنّ شعيباً وإسحاق ويعقوب كانوا عُمياً بالكلّيّة، سلّمنا ولكنّهم معصومون مؤيّدون بالوحي والمؤمنون في زمانهم قليلون. فانقطع الأصل وإمكان التمييز بالبيّنة في بعض الأحيان ـ على ما فيه ـ إنّما يرد على الأخير وفي غيره بلاغ.

وعساك تقول: إنّما يحتاج إلى اشتراط البصر فيما يحتاج إليه دون ما لا يحتاج، وكذا الكتابة.

قلت: الظاهر من الأخبار حيث يقول عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا ولم يقبله[1] ... الحديث» وكذا فتاوى الأصحاب أنّ القاضي لابدّ أن يكون حكمه جارياً في جميع الوقائع فتأمّل. فلم يبق إلّا ما ورد في شأن أبي بصير وأنّه أمين الله على حلاله وحرامه[2] ... إلى غير ذلك ممّا يدلّ على عظم حاله، وقضية ذلك أنّه كان مأذوناً في القضاء كمحمّد بن مسلم وزرارة فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿واشتراط الحرّيّة﴾ هذا مذهب الشيخ والمصنف ووالده وولده على ما نقل ولده[3] والشهيد في «الدروس[4]» وهو المنقول عن القاضي والكيدري وابن سعيد ذكر ذلك في «غاية المراد[5]» وهو ظاهر محمّد بن حمزة في «الوسيلة»

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٩٩ ب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٠٣ ب ١١ من أبواب صفات القاضي ح ١٤.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٩.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٥.
(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٤.

والسلامة من الخَرَس لا الصَمَم.

ونسبه إلى الأكثر في «المسالك[١]». وخالف المحقّق[٢] وتلميذه اليوسفي[٣]. وهو الظاهر من الشهيدين في «النكت[٤] والمسالك[٥]» للأصل وعموم المقبولة. والأصل والعموم مقطوع ومقيّد بكون العبد مقهوراً مأموراً والقاضي آمر قاهر وبأنّه لاتسمع شهادته مطلقاً على قول بعض الأصحاب[٦] فالقضاء أولى وبأنّه من المناصب الجليلة فلا يليق بالعبد وقد تأمّلوا في كبرى الأوّل مع إذن السيّد وفي الثالث أنّه مجرّد دعوى، وفي التأمّل تأمّل يظهر بأدنى تأمّل.

قوله: ﴿والسلامة من الخَرَس﴾ لمّا كانت الشهادة لا تكون إلّا عن علم وكان الطريق إلى معرفة حكم الأخرس إنّما هو الإشارة غالباً، وهي إنّما تورث الظنّ غالباً كانت الشهادة بحكمه غير جائزة، فلا يعلم المتخاصمان الحكم غالباً، مضافاً إلى ما قيل[٧]: من أنّ شهادة الأخرس لا تسمع فأولى أن لا ينفع قضاؤه. فلا ينفع الأصل ولا العموم، على أنّه عرفيّ فيحمل على الشائع، إلّا أن تقول: يمكن الكتابة وفهم الإشارة لكنّ المنصب الجليل لا يناسبه الأخرس مع موافقة الاحتياط فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿ولا الأصمّ﴾[٨] الأصمّ هو من لا يسمع ومن ثقل سمعه كذا في «القاموس[٩]» قال في «الإيضاح[١٠]»: إن امتنع سماعه لا يصحّ توليته إجماعاً،

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٣٠.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٦٨.
(٣) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٤.
(٤) الشهيد الأوّل في غاية المراد: ج ٤ ص ٥.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٣٠.
(٦) كما في التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٣٨.
(٧ و ١٠) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٩٩.
(٨) كذا في نسخ المفتاح، وهو سهو. وفي متن القواعد: لا الصَمَم.
(٩) القاموس المحيط: ج ٤ ص ١٤٠ مادّة «صمم».

لامتناع سماع البيّنات والإقرارات والأيمان، وأمّا إذا أمكن سماعه بمسمع أو قوّة صوت ونحوه ففيه خلاف، قيل: بالمنع لتضييعه حقّ المسلمين. والأصحّ الجواز كقضاء من لا يعلم اللغة ويحتاج إلى المترجم، إذ لا فرق بين عدم علمه بالمسموع مع إمكانه بغيره كمترجم وبين عدم سماعه مع إمكانه بمسمع.

قلت: ويؤيّده الأصل والعموم، وأنّه لعلمه وعدالته لا يحكم إلّا إذا علم بالحال.

ثمّ اعلم أنّه لا شكّ في مُضيّ حكم من جعله الإمام حاكماً وإن لم يجمع هذه الشرائط، وإنّما الكلام في أنّه هل ينصب هؤلاء الأشخاص أم لا؟ وهل يجوز لهم الحكم في زمان الغيبة أم لا؟ وأمّا اشتراط إذن الإمام وإذن من نصبه فقد علمت أنّه إجماعيّ، ويدلّ عليه من الأخبار خبر (حسن خ) سليمان ابن خالد[1] ونحوه، فلا يجوز للمتّصف بالشرائط الحكم بغير نصبه إجماعاً ـ على الظاهر ـ إلّا قاضي التحكيم.

وأمّا الأخبار الدالّة على أنّ كلّ من اتّصف بالشرائط فهو منصوب من قبله عليه السلام من دون تعرّض فيها لحال غيبة وحضور بل ربّما يدّعى منها الظهور في حال الحضور، فمخصوصة بما إذا تعذّر (تعسّر خ) الوصول إليه أو إلى نائبه أو عدم تمكّنه عليه السلام من النصب، لأنّه حينئذٍ كزمَن الغيبة كما هو ظاهر بالبديهة، وتشهد به الأخبار المذكورة، وذلك لا ينافي ما اخترناه من جواز الرجوع إلى المفضول مع وجود الفاضل في زمن الغيبة.

نعم هذه الشرائط كالكتابة والبصر ونحو ذلك لو قيل: إنّها غير معتبرة في قاضي التحكيم لكان قولاً قويّاً كما يظهر ذلك من الأُستاد جعلني الله فداه وأطال الله سبحانه للإيمان والمؤمنين بقاءه، اللّهم بالأمين صلى الله عليه وآله آمين.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٧ ب ٣ من أبواب صفات القاضي ح ٣.

ولو تعذّرت الشرائط وغلب على الولايات متغلّبون فسقة لم ينفذ حكم من ولّاه صاحب الشوكة.

ويجوز تعدّد القضاة في بلد واحد سواء شرك بينهم بأن جعل كلّاً منهما مستقلّاً، أو فوّض إلى كلّ منهم محلّة وطرفاً. ولو شرط اتّفاقهما في حكم فالأقرب الجواز. وإذا استقلّ كلّ منهما في جميع البلد تخيّر المدّعي في المرافعة إلى أيّهما شاء.

قوله: ﴿لم ينفذ﴾ أي لم ينفذ مطلقاً وافق الحقّ أم لا.

قوله: ﴿ويجوز تعدّد القضاة ... إلخ﴾ لا خلاف في جواز تعدّدهم بحسب اختلاف البلدان أو الأحكام أو الأزمان، وإنّما الكلام فيما إذا اتّحد الحكم كأن يشترط اجتماعهما في حكم أي نوع من الأحكام أو صنف أو في كلّ حكم، والمصنّف هنا والفخر[1] وظاهر الشهيد الثاني[2] على الجواز. واستدلّ عليه بعضهم[3] بأنّ القضاء نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكيلين والوصيّين. وفيه: أنّه كالمصادرة، والأولى الاستدلال عليه بالأصل وعموم الأدلّة وكونه في معنى قصر ولايتهما بما يتّفقان عليه فيكون أوثق وأضبط. قالوا فإذا (فإن خ) اختلف اجتهادهما في المسألة وقف الحكم فيرجعان إليه عليه السلام.

وذهب المصنّف في «الإرشاد[4] والتحرير[5]» إلى عدم الجواز، لأنّه يؤول إلى تعطيل الأحكام وبقاء المنازعة. قلت: الأولى الاستدلال عليه بأنّهما إن صلحا

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٠.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٥٦.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٥٦.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٩.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٦.

للقضاء فلا معنى لاشتراط اتّفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد كثيراً، وإلّا فلا معنى لتوليتهما، وإلّا فما استندوا إليه في المنع يندفع بأدنى ملاحظة فيما ذكرناه من أدلّة المجيزين. وتوقّف في «الدروس[1]» وإنّه لمحلّ توقّف لما ذكرنا، لا لما ذكره هو فيه. ولعلّ الجواز أظهر إذ قد تقتضي المصلحة قصر ولايتهما على ما يتّفقان فيه وإن كان كلّ منهما صالحاً للقضاء، لكون ذلك مقتضى طبع قطرهما كما يعلم مثل ذلك من حال القميّين. وكذا يجيء الوجهان فيما إذا لم يشترط الاجتماع مع اتّحاد الزمان والقطر.

فالمصنّف ﷺ والمحقّق[2] والشهيدان[3] على الجواز، واستدلّوا عليه بما سلف من أنّ القضاء نيابة ... إلخ، وقد علمت أنّه يمكن خدشه، فالوجه الاستدلال بالأصل والعموم وبأنّ المجتهدين الصالحين للقضاء إذا كانوا في بلد واحد قضاة جزماً في زمن الغيبة بنصّ الإمام ﷺ. وربّما احتمل المنع. ونسبه في «الشرائع» إلى القيل[4]، ولقد تتبّعت فلم أظفر بالقائل حسماً للاختلاف الّذي يقع بين المتخاصمين في الاختيار وفي إجابة الداعي وليس أحدهما أولى من الآخر، ولا كذلك الإمام مع القاضي والقاضي مع النائب. نعم لو ولّاهما على التعاقب جاز. وهو كما ترى مع وجود النصّ على ذلك في حال الغيبة فأولى أن يكون كذلك في حال الحضور، على أنّه يندفع بتقديم اختيار المدّعي ـ على تأمّل لنا فيه ـ وبتقديم من سبق داعيه، ولو جاءا معاً فالقرعة.

هذا، وقد وجدت في نسختين عندي ما نصّه: ﴿بأن جعل كلّاً منهما﴾ والأولى أن يقول: كلّاً منهم وإن كان الأوّل لا بأس به. وقوله: ﴿وإذا استقلّ كلّ

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٧.
(٢ و ٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٠.
(٣) الشهيد الأوّل في الدروس: ج ٢ ص ٦٧، والشهيد الثاني في المسالك: ج ١٣ ص ٣٥٦.

ولو اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط ففي الجواز مراعاة للمصلحة نظر.

منهما في جميع البلد تخيّر المدّعي﴾ من تتمّة ما سبق وتفريع على الاشتراك. وقد يتصوّر التنازع في الاختصاص أيضاً بأن يكون أحدهما من قطر والآخر من آخر فيجيء على ما قالوه تقديم قطر المدّعي.

قوله: ﴿ولو اقتضت المصلحة ... إلى قوله: نظر﴾ وجه النظر من انتفاء الشرط ومن ثبوت المصلحة الكلّيّة الّتي هي في شرع الأحكام وبقاء تولية شريح. وجزم المصنّف في «الإرشاد[1]» بعدم الصحّة وكذا في «التحرير[2]» بالأقربية. وكذا ولده الفخر[3]. قال في «التحرير»: وتولية عليّ عليه السلام لمن لا يرتضيه ليس بحجّة، لأنّه كان يشاركه فيما ينفذه فكان هو الحاكم في تلك الواقعة في الحقيقة. وبذلك صرّح المحقّق[4] والأردبيلي[5].

ويدلّ عليه حسن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لمّا ولّى أميرالمؤمنين عليه السلام شريحاً القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتّى يعرضه عليه[6]. وتأمّل في ذلك في «المسالك[7]» قال: والمرويّ خلاف ذلك كما يرشد إليه حديث[8] الدِرع الغلول. قلت: ليس في هذا ما ينافي ذلك كما يظهر لمن تأمّل فتأمّل.

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٨ ـ ١٣٩.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٧.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٠.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٦ ب ٢ من أبواب صفات القاضي ح ١.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٦٣.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٤ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ٦.

وكلّ من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه كالولد على والده

والمحقّق[1] جوّز ذلك ـ أي التولية ـ ونحن نقول: اقتضاء المصلحة ذلك بحيث يجب ممنوع، وعليه يحمل كلام المصنّف: والحاكم أميرالمؤمنينعليه السلام وإنّما أبقى شريحاً في الظاهر تقيّة كما أشرنا إليه أو أنّه أبقاه بغير اختياره، وعلى تقدير تسليم قضاء المصلحة ذلك بحيث يجب فلا مناص عن القول بالوجوب فضلاً عن الجواز، كما هو الشأن في غيره من الضروريّات، ويقدّر الإنفاذ بقدر الضرورة. لا يقال: مفسدة عزل شريح ليست بأعظم من عزل معاوية، لأنّا نقول في بقاء معاوية تسليط على الأنفس والأموال مع إظهار أنّه حقّ وهو في الواقع باطل فالمصلحة (كانت خ) ما كانت تضمحلّ في جنب ما يحصل من المفاسد الخطيرة الحاصلة من كونه معاوية أميراً.

قوله: ﴿وكلّ من لا تُقبل شهادته لا ينفذ حكمه﴾ أي على من لا تقبل شهادته عليه، وقد أطلق المصنّف هنا وفي «التحرير[2]» والشهيد شرط ذلك في قضاء التحكيم خاصّة دون المنصوب[3].

قوله: ﴿كالولد﴾ ذهب الشيخان[4] والصدوقان[5] والسيّد المرتضى[6] في المسألة الثانية والستّين من «الموصليّات» وأبو علي[7] وسلّار الديلمي[8] والقاضي[9]

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٧.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٩.
(٤) المقنعة: ص ٧٢٦، النهاية: ص ٣٣٠.
(٥) المقنع: ص ٣٩٧، نقل عنهما العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٤٩٣.
(٦) رسائل الشريف المرتضى: ج ١ ص ٢٤٦.
(٧) في مخطوطتين: أبويعلى سلّار الديلمي.
(٨) المراسم: ص ٢٣٢.
(٩) المهذّب: ج ٢ ص ٥٥٨.

والتقي[١] والسيّد حمزة[٢] وابن حمزة[٣] وابن إدريس[٤] والمحقّق[٥] واليوسفي[٦] والمصنّف وولده[٧] والشهيد في «غاية المراد[٨]» إلى عدم قبول شهادة الولد على والده.

ونسب الخلاف إلى المرتضى في «انتصاره» وعبارة السيّد ليست صريحة (ظاهرة خ) في ذلك، لأنّه قال: انفردت الإماميّة بقبول شهادة الأقرباء بعضها لبعض إلّا ما ذهب إليه بعض الأصحاب من المنع من قبول شهادة الولد على الوالد اعتماداً على خبر يرويه[٩]. وهذه العبارة مشعرة بالخلاف لأن كان لا يعمل بأخبار الآحاد. ووافقه عليه أبو العبّاس في «المقتصر[١٠]» وتردد في «المهذّب[١١]» ووافقه عليه الشهيدان في «المسالك[١٢] والدروس[١٣]» والمقدّس الأردبيلي[١٤].

والحقّ عدم القبول، للإجماعات المتضافرة المنقول في «الموصليّات[١٥] والخلاف[١٦] والغنية[١٧] والسرائر[١٨]» وظاهر «غاية المراد[١٩]» وما رواه الصدوق في «الفقيه» حيث قال: وفي خبر: لا تقبل شهادة الولد على والده[٢٠]. وقال الآبي في «كشفه»: وبه روايات[٢١]. قال في «الوسائل» بعد نقله خبر الفقيه: وتقدّم من

---

(١) الكافي في الفقه: ص ٤٣٥.
(٢ و١٧) غنية النزوع: ص ٤٤٠.
(٣) الوسيلة: ص ٢٣١.
(٤ و١٨) السرائر: ج ٢ ص ١٣٤.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(٦) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١٩.
(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٤٢٧.
(٨ و١٩) غاية المراد: ج ٤ ص ١١٧.
(٩) الانتصار: ص ٤٩٦ مسألة ٢٧٣، والناسب إليه هو العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٤٩٤، والخبر هو مرسلة الصدوق المروية في الفقيه: ج ٣ ص ٤٢ ح ٣٢٨٦، الوسائل: ج ١٨ ص ٢٧١ ب ٢٦ من أبواب الشهادات ح ٦.
(١٠) المقتصر: ص ٣٨٩.
(١١) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٥٢٠.
(١٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٩٥.
(١٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٣٠ ـ ١٣١.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٠٥.
(١٥) رسائل الشريف المرتضى: ج ١ ص ٢٤٦.
(١٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٨ المسألة ٤٥.
(٢٠) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٤٢ ح ٣٢٨٩.
(٢١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١٩.

والعبد على سيّده، والعدوّ على عدوّه.

الأخبار ما يدلّ عليه عموماً ويأتي ما يدلّ عليه. وما مرّ ممّا ظاهره قبول شهادة الولد على الوالد لا يستلزم وجوب قبولها [١]، يشير بذلك إلى رواية عليّ بن سويد [٢]. واستدلّ عليه المصنّف [٣] بقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدّنيا معروفاً﴾ وبأنّه نوع عقوق، وردّوا عليه في ذلك. وفيما ذكرناه مقنع وبلاغ ومن هنا ظهر لك ما في «المجمع والمسالك».

إذا تقرّر ذلك فلا ينفذ حكمه عليه، لأنّ الحكم شهادة وزيادة، فكان مفهوم موافقه أو قياساً أولويّاً مع تنقيح المناط فتأمّل. [ولهم كلام في الوالدة والجدّ، والظاهر عدم التعدّي عن مورد النصّ والإجماع. ولو حكم على أبيه وأجنبيّ، فهل ينفذ حكمه على الأجنبيّ فقط أم يبطل من رأس؟ احتمالان مبتنيان على ما إذا شهد على أبيه وأجنبيّ من أنّ الحكم والشهادة لا يتجزّى ومن وجود المقتضي وعدم المانع، والشهيد [٤] حكم ببطلان الشهادة لأنّ ذلك فسق] [٥].

قوله: ﴿والعبد على سيّده﴾ عدم قبول شهادة العبد على مولاه مختار المفيد والسيّد والشيخ إلّا في كتابي الأخبار وابن البرّاج وابن حمزة وابن زهرة وابن إدريس والمحقّق والمصنّف وولده. حجّتهم إجماع «الانتصار والخلاف والغنية والسرائر» وبهذا القول يحصل التوفيق بين الأدلّة، ولمشاركته الولد في وجوب الطاعة وعدم العصيان والعقوق ثمّ إنّ ابن عقيل المانع مطلقاً وابن الجنيد

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧١ ب ٢٦ من أبواب الشهادات ذيل ح ٦.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٢٩ ب ٣ من أبواب الشهادات ح ١.
(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٩٤، والآية ١٥ من سورة لقمان.
(٤) غاية المراد: ج ٤ ص ١١٨.
(٥) ما بين المعقوفتين لم يرد في بعض النسخ.

ويحكم الأب لولده وعليه وكذا الأخ.

ولا يجوز أن يكون الحاكم أحد المتنازعين بل يجب أن يكون غيرهما.

وإذا ولي من لا يتعيّن عليه فالأفضل ترك الرزق له من بيت المال إن كان ذا كفاية ويسوغ له لأنّه من المصالح، وكذا يجوز له إذا تعيّن ولم يكن ذا كفاية.

المانع من قبول شهادته على الحرّ المؤمن موافقان، وحينئذٍ فلا ينفذ حكمه عليه إن قلنا بصحّة تولية منصب القضاء.

قوله: ﴿والعدوّ على عدوّه﴾ عدم قبول شهادة العدوّ إذا كان مقبول الشهادة على غيره إذا كانت عداوة لا تستلزم الفسق محلّ وفاق والأخبار به متضافرة، ويبقى التأمّل في عدم نفاذ حكمه عليه. ومستنده أنّ الحكم شهادة وزيادة، وفيه تأمّل لعموم الأدلّة ولزوم تعطيل كثير من الأحكام، والحاصل أنّ المسألة محلّ تأمّل وإن كان القول بالعدم أعدل.

هذا وقد قال في «التحرير»: ولو تولّى وصي اليتيم القضاء فهل يقضي له؟ فيه نظر ينشأ من كونه خصماً في حقّه كما في حقّ نفسه ومن أنّ كلّ قاض فهو وليّ الأيتام[1].

قوله: ﴿ولا يجوز أن يكون الحاكم أحد المتنازعين بل يجب أن يكون غيرهما﴾ وإلّا لم يكن حكم ولا نزاع.

قوله: ﴿ولم يكن ذا كفاية﴾ لجوازه لغيره ممّن لا كفاية له فله أولى.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٧.

ولو كان ذا كفاية لم يجز له لأنّه يؤدّي واجباً.

ولو أخذ الجعل من المتحاكمين فإن لم يتعيّن القضاء وحصلت الضرورة قيل جاز، والأقرب المنع، وإن تعيّن أو كان مكتفياً لم يجز.

قوله: ﴿لأنّه يؤدّي واجباً﴾ هذا هو الحقّ إذا كان وجوبه ذاتيّاً لا توصّليّاً، لأنّه لا اُجرة على الواجب كذلك إجماعاً كما قُرّر في باب المكاسب[1]. وذهب الشيخ وشيخه المفيد[2] إلى الجواز، لأنّه من المصالح المهمة قالا: ونمنع أن لا اُجرة على الواجب مطلقاً وإلّا لم يؤجر المجاهدون[3]. قلت: الأصل عدم الجواز خرج عنه جواز الاستئجار للجهاد بالإجماع عند الشيعة إلّا أن تتأمّل في الأصل.

قوله: ﴿قيل: جاز والأقرب المنع﴾ وجه الأقربيّة ما تضافر من الأخبار الدالّة بعمومها على عدم جواز أخذ الرشا والهدايا وللإجماع كما في «الخلاف[4]» وظاهر «المبسوط» حيث قال: عندنا لا يجوز بحال[5]، ولأنّه عمل متعلّق به لا بالمتحاكمين، على أنّه واجب عيناً أو كفاية ولا اُجرة على الواجب.

ووجه الجواز لزوم الضرر أو التكليف بما لا يطاق، أو تعطيل الأحكام، لأنّه إذا تعذّر القضاة واشتركوا في الضرورة فإن لم يجز لهم الأخذ لزم تعطيل الأحكام إن اشتغلوا بالكسب، وإن اشتغلوا بالقضاء أو بعضهم لزم الضرر أو التكليف بما لا يطاق. وهذا الدليل ساقط عن درجة الاعتبار، إذ يمكن أن يكتسب بعضهم نصف يوم ويجلس الآخر النصف الآخر، أو يكتسب بعض يوماً ويجلس للقضاء يوماً

---

(١) راجع مفتاح الكرامة: ج ١٢ من طبعتنا ص ٣١٣.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٨٤، والمقنعة: ص ٥٨٨.

(٣) لم نجد العبارة في كلام الشيخين رحمهما الله، ولعلّ المقصود: فإن قالا كذلك، قلت: ...

(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٣ المسألة ٣١.

(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٨٥.

أمّا الشاهد فلا يحلّ له الأجر على الإقامة ولا التحمّل.

وكذا الآخر والآخر، على أنّه لو تمّ لجاز الأخذ مع التعيين بطريق أولى كما عرفت وهو خلاف الإجماع. وأجازه الشافعي [1] مطلقاً.

وعلى تقدير الجواز فهل يختصّ ذلك بصاحب الحقّ أو يشتركان فيه أوله التخصيص بأيّهما شاء محقّاً كان أو مبطلاً؟ احتمالات لا أرى لها مدركاً سوى أنّ الجعل هل يتبع العمل أو النفع؟ فعلى الثاني يتعيّن الأوّل وعلى الأوّل يتخيّر بين الأمرين. ويشكل الأمر فيما إذا جعل على المحقّ منهما ظاهراً أو المبطل. ويحتمل أن يكون تابعاً للشرط قبل الشروع في سماع الدعوى، لأنّه عوض عمله لهما فيتبع شرطه. ولعلّ من قال به قال بذلك. فإن شرط عليهما أو على أحدهما والتزما به أو أحدهما لزم، ومع عدم سبق الشرط لا يلزمهما ولا أحدهما شيء.

قوله: ﴿أمّا الشاهد فلا يحلّ له الأجر على الإقامة ولا التحمّل﴾ وإن لم يتعيّن عليه إلّا أن يحتاج في الإقامة إلى سفر، فإنّه يجوز أخذ ما يتوصّل به إذ لا يجب عليه ذلك، كما نصّ عليه الشهيد [2] ويدلّ على ذلك بعد كونه واجباً ما ورد عن النهي عن تركهما في الكتاب والسنّة كقوله تعالى: ﴿ومن يكتمها فإنّه آثم قلبه﴾ [3] وقوله عزّ ذكره: ﴿ولا يأب الشّهداء إذا ما دعوا﴾ [4] ونحوهما من الأخبار [5] وما ورد من الأمر بالإقامة لله في قوله تعالى: ﴿وأقيموا الشّهادة لله﴾ [6] ولردّ شهادة الأجير في أخبار، منها خبر العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام كان

---

(١) المجموع: ج ٢٠ ص ١٢٦، الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٩٣.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٩. (٣) البقرة: ٢٨٣. (٤) البقرة: ٢٨٢.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٢٦ ـ ٢٢٩ ب ٣ من أبواب الشهادات. (٦) الطلاق: ٢.

ويجوز للمؤذّن والقاسم وكاتب القاضي ومترجمه والكيّال والوزّان ومعلّم القرآن والآداب وصاحب الديوان ووالي بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال، لأنّ ذلك كلّه من المصالح.

خاتمة: شرائط الاجتهاد المبيحة للقضاء والإفتاء في العلم معرفة تسعة أشياء: الكتاب والسنّة، والإجماع والخلاف، وأدلّة العقل من الاستصحاب والبراءة الأصليّة وغيرهما.

أمير المؤمنين عليه السلام لا يجيز شهادة الأجير[1].

قوله: ﴿وصاحب الديوان﴾ هو الحافظ للقضايا يجمعها ويحفظ ما يحكم به القاضي، وإنّما يأخذ هؤلاء مع الحاجة أو مع عدم التعيين لا مطلقاً، وهذا كما أشار إليه المصنّف ليس على سبيل الأُجرة، وإلّا فقد تقرّر في المتاجر[2] أنّه لم يجز لبعضهم أخذ الأُجرة.

قوله: ﴿من الاستصحاب والبراءة الأصليّة وغيرهما﴾ عطفه البراءة الأصليّة على الاستصحاب يدلّ على أنّه يريد به استصحاب حكم الشرع لا ما يشمل استصحاب حال العقل، وإلّا فالبراءة الأصليّة بمعنى البراءة القديمة الّتي يسمّى بأصالة النفي قسم من الاستصحاب، إذ هي استصحاب حال العقل، لأنّه لا يتمسّك به حينئذٍ إلّا باستصحابها كما قرّر في فنّه ونصّ عليه المحقّق في «المعتبر» حيث قال لمّا قسم الاستصحاب إلى أقسام ما نصّه: استصحاب حال العقل هو التمسّك بالبراءة الأصليّة[3]، أو لعلّ المصنّف أراد بها أصل البراءة بمعنى الراجح البراءة كما يقال: الأصل الحقيقة، وهي تطلق عليه أيضاً في اصطلاح أهل

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٤ ب ٢٩ من أبواب الشهادات ح ٢.
(٢) تقدّم في ج ١٢ ص ٣١٣ ـ ٣٢١.
(٣) المعتبر: في مقدّمة الكتاب ج ١ ص ٣٢.

ولسان العرب وأُصول العقائد وأُصول الفقه وشرائط البرهان. أمّا الكتاب فيحتاج إلى معرفة عشرة أشياء: العامّ والخاصّ والمطلق والمقيّد والمحكم والمتشابه والمجمل والمبيّن والناسخ والمنسوخ في الآيات المتعلّقة بالأحكام، وهي نحو خمسمائة آية ولا يلزمه معرفة جميع آيات القرآن العزيز.

الأُصول ويتمسّك بها حينئذٍ من دون استصحاب، وصحّة هذا الإطلاق لمكان التلازم بينهما، فليتأمّل فإنّه ربّما دقّ على بعض القاصرين.

ومراده بـ«غيرهما» أصل الإباحة بعد الشرع، وأمّا الإباحة الأصليّة وأصل الإباحة قبل الشرع أو بعد وروده غير تامّ الدليل، فلمّا لم يكن متّفقاً عليه لم يجعل استصحابها ولا أصلها بمعنى رجحانها دليلاً وإنّما هما دليلان عند من يقول بأنّ الأشياء المجهول حكمها شرعاً الإباحة الشرعيّة، وهذا محل النزاع. والمختار الحكم بالإباحة على وجه العموم كما حرّر الأُستاد الشريف ـ جعلني الله فداه ـ وهو خلاف ما كان يختار الأُستاد الشيخ ـ جعلني الله أيضاً فداه ـ ولعلّه عدل عنه. ويدخل تحت الغير أيضاً مفهوما الموافقة والمخالفة ومنصوص العلّة والسبر والتقسيم والدوران، ونحو ذلك بحيث يعرف الصحيح من الفاسد.

قوله: ﴿ولسان العرب﴾ هذا أنفع شيء في معرفة الكتاب والسنّة.

قوله: ﴿وأُصول العقائد﴾ لابدّ من معرفتها بالبراهين القطعية إلّا فيما لا تتمّ به فيكفي السمع كالمعاد و أحواله.

قوله: ﴿وأُصول الفقه﴾ هي طُرُق الاستدلال بالكتاب والسنّة والإجماع وأدلّة العقل.

قوله: ﴿العامّ والخاصّ ... إلى قوله: والمُبيَّن﴾ كلّ من هذه يكون في

وأمّا السنّة فتحتاج إلى معرفة ما يتعلّق منها بأحكام دون غيرها، ويعرف المتواتر والآحاد والمسند والمتّصل والمنقطع والمرسل، ويعرف الرواة، ويعرف مسائل الإجماع والخلاف وأدلّة العقل وتعارض الأدلّة والتراجيح

الأمر والنهي وغيرهما ويستلزم مباحث الألفاظ وكيفية الدلالات، والظاهر والمؤوّل داخلان فيما ذكره.

قوله: ﴿ويعرف مسائل الإجماع والخلاف وأدلّة العقل﴾ الظاهر أنّه تكرير لما تقدّم وتنبيه على أن معرفة أدلّة العقل والإجماع ليس إلّا معرفتها ولا يحتاج بعد ذلك إلى شيء كما يحتاج إلى ذلك الكتاب والسُنّة. ويحتمل قريباً أنّه أراد أنّه يحتاج بعد معرفة الإجماع والخلاف وطريق ثبوته وشرط الاستدلال به إلى معرفة المسائل المجمع عليها والمختلف فيها لئلّا يخالف الإجماع، فيكون ما سلف إشارة إلى معرفة ماهيّة الإجماع وطرقه وشرطه و هذا إلى نفس المسائل. ويؤيّد هذا الاحتمال تقسيمه أدلّة العقل إلى الاستصحاب والبراءة.

وأمّا «أدلّة العقل» فيتعيّن أن يروى بالخفض حينئذٍ فيكون التقدير: يعرف مسائل أدلة العقل، فيكون مراده أنّه لابدّ أن يعرف المسائل الّتي يمكن الاستدلال فيها بأدلّة العقل من غيرها التي لا يمكن ذلك فيها فيرجع إلى معرفة شرائط الاستدلال بها.

قوله: ﴿وتعارض الأدلّة﴾ أنّ الصور في ذلك تنتهي إلى عشرة فيجب أن يعرف التراجيح المدلول عليها بالأخبار، وقد ذكر منها الفاضل التوني [1] ستّة عشر

---

(١) الوافيه: ص ٣٢٤ ـ ٣٣١.

ويعرف من لسان العرب ـ من اللغة والنحو والتصريف ـ ما يتعلّق بالقرآن المحتاج إليه والسنّة المفتقر إليها.

رواية، وأن يعرف مواضع التعارض وقضيته من العمل بالراجح وإلّا فالتخيير، ولا يتخيّر بادئ بدءٍ من دون فحص عن المرجّح وأنّه إذا ظفر به تعيّن عليه العمل به. وخالف في الأمرين أصحابنا الأخباريون فزعموا أنه لا يجب الفحص على (عن خ) الراجح ولو ظفر به لا يتعيّن بل يستحبّ العمل، وأن يعرف أن ليس المراد قصر ذلك على ما ورد في الأخبار كما زعمه جماعة الأخباريّين بل المراد أنّ المدار على غلبة الظنّ بالرجحان.

قوله: ﴿ويعرف من لسان العرب﴾ لابدّ مع ذلك من معرفة ما يتوقّف عليه من العلوم المتوقّف عليها من اللغة والنحو والتصريف.

قوله: ﴿من اللغة والنحو والتصريف﴾ لابدّ مع ذلك من معرفة موارد الاستعمال والحقيقة والمجاز والكناية ووجوه التراجيح الّتي تقع بينهما كترجيح التخصيص على المجاز والمجاز على الإضمار والاشتراك والنقل.

قوله: ﴿ما يتعلّق بالقرآن ... إلخ﴾ لابدّ من تتبّع الكتب بحيث يحصل العلم العادي أو الظنّ بأحد ما تردّد فيه، ولا يقتصر على كتاب أو كتابين كما نشاهده في كثير من الناس يقتصرون في المسألة اللغويّة على الصحاح فقط، ولذا عثرنا لهم على خلل كثير، وكذا وجدنا من يقتصر في النحويّة على بعض الكتب الّتي لا تفيد ظنّاً. نعم إن كان ماهراً ممارساً مقتدراً صاحب ملكة صحّ له ذلك. ويجمع جميع ما ذكرنا أن يقال: لابدّ في هذه من عدم العلم بالخلاف أو العلم بعدم الخلاف، وحاصله: أنّه يكفيه في المسألة النحوية مثلاً عدم العلم بالخلاف فيها

ويشترط أن يكون ذا قوّة يتمكّن بها من استخراج الفروع من الأُصول. ولا يكفيه حفظ ذلك كلّه من دون قوّة الاستخراج.

وإن حصل العلم بعدم الخلاف فذاك كما نصّ على ذلك بعض الأصحاب.

والعلم بهذه العلوم إنّما هو لمن لم يكن مطّلعاً على عرف النبيّ ﷺ والأئمّة عليهم السلام كالعجم مطلقاً والعرب في هذه الأزمنة لا مثل الرواة ومن قرب زمانهم منهم عليهم السلام على أنّ الاحتياج في هذه الأزمنة أيضاً متفاوت بالنسبة إلى أصناف الناس كالعجم والعرب فمن كان كذلك عرف من القرآن المجيد والسنّة الغراء ما يحتاج إليه وما لا يحتاج إليه إلّا نادراً.

قوله: ﴿ويشترط﴾ مع ذلك ﴿أن يكون ذا قوّة ... إلخ﴾ هذه الملكة القدسيّة هي الّتي عليها المدار وهي لا تحصل إلّا بالفيض الإلهي وأنّها لتحتاج إلى مجاهدات كثيرة ورياضات زائدة وإخلاص تامّ وصفاء سريرة وملازمة الانقطاع إلى الله سبحانه والتوغّل في المناجاة كيف لا وقد ورد أنّه لا تحلّ الفتيا لمن لا يستفتي من الله بصفاء سرّه وإخلاص عمله وعلانيته وبرهان من ربّه في كلّ حال[1] وورد أيضاً: لا تحلّ له الفتيا في الحلال والحرام بين الخلق إلّا لمن كان أتبع الخلق من أهل زمانه بالنبيّ[2] وآله ووصيّه ـ صلوات الله عليهم أجمعين ـ. وإنّا نسأل الله بمحمّد وآله ﷺ أن يشغل قلوبنا بذكره عن كلّ ذكر وألسنتنا بشكره عن كلّ شكر وأن يصلح لنا أسرارنا وينزع حبّ الدنيا من قلوبنا وإن لم نكن أهلاً لذلك فإنّه أرحم الراحمين، وقد توسّلنا إليه بأعزّ خلقه عليه صلّى الله عليهم أجمعين.

وعمدة الاحتياج إلى هذه الملكة إنّما هو للترجيح عند التعارض وللحكم بفرديّة ما هو غير بيّن الفرديّة والعلم باللوازم الغير البيّنة، أمّا إذا كان الدليل النقلي

(١ و ٢) مصباح الشريعة: ص ١٦، الباب السادس.

ولا يشترط معرفة المسائل الّتي فرّعها الفقهاء.
وفي تجزّي الاجتهاد إشكال، الأقرب جوازه.

ظاهراً، أو نصّاً في معناه ولم يكن له معارض ولا لازم غير بيّن ولا فرد غير بيّن الفرديّة فربّما يقال: إنّه لا يحتاج الحكم بمعناه والعمل بمضمونه إلى هذا الشرط بل يكفي الشرائط السابقة، وهذا هو الّذي غرّ كثيراً من الناس حيث ظنّوا أنّهم مجتهدون قائمون مقام رسول الله وأوصيائه ـ صلوات الله عليه وعليهم أجمعين ـ بل الواجب أن ينجرّ نفسه في الاستقامة بمجالسة المجتهدين ومذاكرتهم وتصديق جماعة منهم باستقامة طبعه بحيث يحصل له الجزم بذلك، وبعد هذا فلا يبالي بإنكار من أنكر.

قوله: ﴿ولا يشترط معرفة المسائل ... إلخ﴾ ينبغي تتبّعها لتقوى ملكته وتستقيم سليقته ويقلّ خطاؤه.

قوله: ﴿وفي تجزّي الاجتهاد إشكال ... إلخ﴾ هذه المسألة طويلة الأذناب ونحن نقتصر فيها على ملخّصها اقتداءً بالأصحاب وإلّا فجميع هذه المسائل محلّها فنّها.

فنقول: لا نزاع في أنّه لا يشترط في صحّة اجتهاد المجتهد في موضع علمه بجميع الأحكام الشرعيّة، على أنّ اشتراط ذلك يوجب الدور. والاستدلال عليه بأنّ العلم كذلك غير مقدور لغير المعصومين فيه تأمّل، وإنّما النزاع في اشتراط إطّلاعه على ما هو مناط الاجتهاد من أدلّة المسألة الّتي يريد أن يجتهد فيها وحصوله عنده بحسب ظنّه وإن لم يعلم أمارات[1] غيرها، ويُعبّر عنه

---

(١) في بعض النسخ: أمارة.

بالتجزّي في الاجتهاد، وهذا محل النزاع كما هو الظاهر من كلامهم دون ما يفهمه بعض الناس فتدبّر.

وأقوى ما يحتجّ به القائلون[1] به أنّ العلّة في الاعتماد على ظنّ المجتهد المطلق هي الضرورة والاحتياج، وهي جارية في التجزّي. قولكم: لا ضرورة مع وجود ظنّ المجتهد المطلق. قلنا: أيضاً هو ظنّ فما وجه الترجيح؟ فإن قلتم: الإجماع انعقد على جواز تقليد المطلق ولم ينعقد إجماع على جواز عمل المتجزّي بظنّه، قلنا: انعقاد الإجماع على وجوب تقليد المتجزّي له أوّل الكلام كيف! والمشهور جواز التجزّي، فغاية الأمر تساوي الاحتمالين ولا مناص عن التخيير، إذ كما يحتمل حرمة عمله بظنّه يحتمل حرمة التقليد عليه، مع أنّ التقليد أيضاً ظنّ. وإذا ثبت الجواز قد نقول بالتعيين لعدم القول بالفصل، سلّمنا فلا أقلّ من التخيير. ويؤيدّ التعيين أنّه ترك للتقليد وأخذ بالدليل الموافق للعمومات، ثمّ إنّه إذا حصل له ظنّ بما فهمه كيف يحصل له ظنّ من قول المطلق؟ بل يصير قوله وهماً، لامتناع اجتماع الظنّين.

وقد يستدلّون[2] بأنّه إذا اطّلع على أمارات بعض المسائل فهو وغيره سواء في تلك المسألة وكونه لا يعلم أمارات غيرها لا مدخل لها فيها. وأُجيب بمنع التسوية، إذ ربّما يكون ما لا يعلمه متعلّقاً بتلك المسألة، وهذا الاحتمال يقوى فيه[3] ويضعف أو ينعدم في المجتهد المطلق.

وردّ بأنّ إنكار حصول الظنّ بعدم المعارض مكابرة، بل قد يحصل العلم بالعدم، فإنّ المسائل التي وقع الخلاف فيها وأوردها كثير من الفقهاء في كتبهم

---

(١) كما في معالم الدين: ص ٢٣٩، والوافية: ص ٢٤٦.

(٢) كما في الوافية: ص ٢٤٤ ـ ٢٤٥، ومعالم الدين: ص٢٣٨.

(٣) يعني: في المتجزّي.

الاستدلاليّة واستدلوا عليها نفياً وإثباتاً ممّا تحكم العادة بأن ليس لها مدارك غير ما ذكر، ولا أقلّ من حصول الظنّ المتاخم.

وفي هذا الردّ نظر من وجوه:

الأوّل: أنّ المفروض حصول جميع ما هو أمارة في ظنّه لا ما هو أمارة في الواقع، إذ فرض كون ما حصل له مناطاً للاجتهاد في الواقع كيف ينفعه؟ والمفروض أنّه لم يظهر له ذلك أصلاً لا علماً ولا ظنّاً، مع أنّ الكلّ متّفقون على أنّه ما لم يحصل له الظنّ بعدم المانع من مقتضى ما يعلمه من الدليل لا يصلح (لا يصحّ خ) له اجتهاد على أنّ القائلين بالتجزّي صرحّوا بأنّ قولنا به في صورة تحصل له جميع الأمارات في ظنّه نفياً وإثباتاً على ما أشرنا إليه، فإذن يكون إجراؤهم الدليل في هذه الصورة. وهذا الرادّ بعد أن حرّر محلّ النزاع كالقوم واستدل هكذا بأنّه إذا اطّلع على دليل مسألة فقد ساوى المجتهد المطلق فيها فيكون خرج بذلك عن محلّ النزاع وهذا دقيق.

الثاني: أنّ المجتهد المطلق بعد إحاطته بجميع مدارك المسألة وعلمه بها فالظاهر أنّه يحصل له العلم بعدم مدخليّة الغير ودعوى مساواة العلم مع الظنّ كما ترى.

الثالث: أنّ حصول العلم للمتجزّي ممّا (بما خ) ذكرت فساده ظاهر كما لا يخفى، كيف واطّلاع المتأخّرين على كثير ممّا لم يطلع عليه المتقدّم أكثر من أن يحصى؟ حتّى أنّي مع قصوري في الباع و الاطّلاع قد اطّلعت بتوفيق الله على كثير من الأدلة على مسائل قد اعترف بها كثير من الفقهاء أن لا دليل عليها، فإن شئت فانظر إلى ما كتبته على مواريث هذا الكتاب واستظهر ذلك من قرب في مسألة الاستفاضة المتقدّمة آنفاً، فقد اعترف ناس بأن ليس على ذلك أثر، وقد عثرت فيها على خبر ظاهر في بعض المراد، وسيأتي أنّ الفقهاء، قالوا: بعدم وجود نصّ على أنّ

الفقهاء في زمن الغيبة منصوبون من إمام الزمان ـ جعلني الله فداه ـ وقد عثرت على خبرين صريحين في ذلك فترقّب، مع أنّه على تقدير حصول العلم له بعدم المدرك، فمساواة ظنّه لظنّ المطلق محلّ تأمّل.

الرابع: إنّا لو قلنا: إنّ المطلق إنّما يحصل له ظنّ بعدم المدرك سوى ما وجده، فدعوى التساوي مكابرة، لاطّلاعه على ما لم يطّلع عليه المتجزّي، وعدم تأثير الاطّلاع وعدم حصول التفاوت أصلاً مباهتة بيّنة، إلّا أن يكون غرضهم التساوي في طبيعة الظنّ لا في مقداره، على أنّه على تقدير تساويهما في مقداره فتساويهما في الحجيّة محلّ تأمّل، لأنّا مكلّفون بالواقع ولمّا كان بين الواقع والعلم مطابقة وجب الأخذ بالعلم، ومع فقده يجب أن يتحرّى ما هو قريب منه، وقد قام الإجماع وقضت الضرورة باتّباع ظنّ المجتهد المطلق واعتباره، ولم يقم على ظنّ المتجزّي إجماع ولا قضت به ضرورة.

ولهم بعد ذلك متعلّقات وشبهات لا ينبغي أن يعرج إليها ولا يعوّل عليها، وقد علمت الحال في رواية أبي خديجة. فصحّ لنا أن نقول: إنّ الأقرب عدم جواز التجزّي.

وقد يقال[1]: إن اشتراط الاطّلاع على جميع مدارك جميع الأحكام بالنسبة إلى كلّ مسألة مسألة بحيث يطّلع على أنّها هل لها دخل فيها أم لا؟ حرج عظيم مناف للملّة السمحاء، بل الظاهر أنّه لم يوجد مجتهد بهذه المثابة، كما نشاهده في العلماء الماهرين ومشايخنا المجتهدين المعاصرين، بل لا يبعد أن يقال: إنّه تكليف بما لا يطاق، لأنّ كلّ أحد لابدّ وأن يكون مُبتلىً بأُمور معاشه الضروريّة وسائر أفعاله اللازمة العادية ممتحن بحسب العادة بالآفات السماويّة والأرضيّة

---

(١) انظر الرسائل الأُصولية للوحيد البهبهاني: في ردّ التجزّي في الاجتهاد ص ٨٣.

في بدنه وماله وأهله وأقربائه وأصدقائه في غالب أيّامه وأعوامه، سيّما بالنسبة إلى بعض الأزمنة، نسأل الله تعالى أن يؤيّدنا بتوفيقه ويتفضّل علينا برحمته بمحمد وعترته ـ صلّى الله عليه وعليهم أجمعين ـ وقد اشتهر أنّ لكلّ شيء آفة وللعلم آفات، وقد علم أن كلّ مكلّف مكلّفٌ بدفع أخلاقه الذميمة مثل الحسد والكبر والغيبة والرياء والعجب ونحو ذلك من الصفات الرديّة، وأنّ وجوب دفعها بديهيّ، وغير خفيّ أنّ ذلك يحتاج إلى مجاهدات كثيرة ورياضات وتجنّب أشياء تخلّ بالتحصيل. هذا كلّه مضافاً إلى الأحاديث الواردة في التوسعة[١] وليت شعري من يدّعي أنّه محيط بجميع مدارك جميع الأحكام في كلّ مسألة مسألة بأن يطلع أنّ لها دخل فيها أم لا، ولا تقول: إنّ ذلك ممتنع بل هو ممكن مع عسر شديد يدفعه جميع ما ذكرناه، فلا يبعد القول بالتجزّي لما ذكر، لا لما ذكروه. وهذا وجه القرب، إلّا أنّ القول بالعدم أحوط وأوفق بالاُصول والقواعد فتأمّل جيّداً.

وتنقيح البحث الّذي لا غبار عليه كما هو مشاهد بالوجدان ومعلوم بالأعيان وهو الّذي كان يختاره الاُستاد الشريف أنّ المجتهد ثلاثة أقسام:

الأوّل: من أحاط بأُصول الفقه وأتقن مسائله مجتهداً فيها واجتهد في جملة من مسائل الفقه وله قوّة على غيرها فهو مجتهد مطلق وإن لم يجتهد في جميع أبواب الفقه.

والثاني: من كان كذلك لكنّه اجتهد في جميع الأبواب أو أكثرها إلّا ما قلّ وكان الفقه صنعته وديدنه قد أكل الدهر عليه وشرب، فذلك الأفضل يتعيّن الرجوع إليه.

الثالث: من أتقن جميع مسائل الأُصول لكنّه لا ملكة له بحيث يقدر على

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٤٨ ـ ٢٥٠ ب ٢٠ من أبواب النفقات. ولعلّ المراد: الأحاديث الواردة في أنّ الدين واسع لا تضييق فيه ولا حرج.

الفصل الثالث: في العزل

ولا ينعزل القاضي إلّا بأمرين: الأوّل: تجدّد ما يمنع القضاء كفسق أو جنون أو إغماء أو عمى أو نسيان.

ولو جنّ ثمّ أفاق ففي عود ولايته ضعف، سواء عزله الإمام أو لا، وسواء أشهد على عزله أو لا، ولو حكم لم ينفذ.

استنباط جميع مسائل الفقه بل يقدر على البعض، كمسائل الطهارة لتكرّرها وأُنسه بها فهو تجزّى في المسائل، كما هو الشأن في رجل يقدر على الخُطب ولا يقدر على الشعر أو بالعكس، أو كان قد حصل له ما هو مناط الاجتهاد في بعض هذه المسائل فقط كأن يكون اتّفق له الاجتهاد في مسألة قد أحكم جميع ما يتعلّق بها من مداركها ومن المسائل الأُصوليّة في ظنّه فذلك المتجزّي الّذي هو محل النزاع. فالّذي يقول بجوازه يقول: إنّ شأن هذا كشأن الصائغ الّذي يقدر أن يصوغ الخاتم ولا يقدر أن يصوغ القرط والخيّاط الّذي يقدر على الثوب ولا يقدر على القباء، والّذي يمنع يقول: إنّ هذا ليس كهذا، لأنّ المفروض أنّه لا يحيط (لم يحط خ) بمدارك هذه إلّا بحسب ظنّه، وكونه في الواقع كذلك لا ينفعه، والفقه ليس كالصياغة والخياطة، لأنّ مسائله متعلّقة بعضها ببعض.

قوله: ﴿أو إغماء أوعمى أو نسيان﴾ ينبغي أن يقيّد الإغماء بالمستوعب كما يجب أن يقيّد النسيان بالغالب كما نبّه على ذلك في «الدروس[1]» وأمّا الإغماء السريع الزوال والنسيان النادر فكالنوم، وأمّا العمى فقد بناه على ما اختار.

قوله: ﴿ولو جنّ ثمّ أفاق ففي عود ولايته ضعف﴾ وكذا الشأن لو

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٨.

الثاني: سقوط ولاية الأصل، فلو تجدّد فسق المنوب أو جنونه أو عزله أو موته انعزل النائب عنه سواء عزله الإمام أو لا، وقيل: لا ينعزل بذلك، لأنّ النائب عنه كالنائب عن الإمام، إذ الاستنابة مشروطة بإذن الإمام،

فسق ثمّ تاب، قوّى المصنّف هنا وولده في «الإيضاح[1]» عدم العود وجزم به في «التحرير[2]» وكذا الشهيدان في «الدروس[3] والمسالك[4]» لأنّ تجدّد المانع أبطل حكم النصب فلا يعود إلّا بنصب، ونسب في «الإيضاح» القول بالعود إلى بعض الفقهاء، ولم أظفر به بناء على أنّه إنّما منع من ترتّب الأثر على النصب فإذا زال أثّر أثره لوجود الموجب وانتفاء المانع كالنوم والغفلة والإغماء السريع الزوال، لاشتراك الجميع في المنع من القضاء حالتها. وقد يقال[5]: إنّه يمكن الفرق بين الإغماء والجنون، لأنّ الإغماء إنّما يمنع الحكم والجنون إنما يمنع السبب، ولهذا لم يُحجر على المغمى عليه وحُجر على المجنون فتأمّل.

قوله: ﴿سواء عزله الإمام أو لا ... إلخ﴾ قلت: وسواء بلغه الخبر أم لا وهذا تفريع على الأوّل فكأنّه قال: لا فرق في انعزال القاضي بتجدّد المانع بين عزل الإمام له أو لا ولا بين أن يشهد على عزله (إذا عزله خ) أو لا، بلغه الخبر أو لا.

قوله: ﴿ولو حكم لم ينفذ﴾ أي لو حكم مع الانعزال بالمانع.

قوله: ﴿سواء عزله الإمام أو لا﴾ لأنه فرعه كالوكيل.

قوله: ﴿إذ الاستنابة مشروطة بإذن الإمام﴾ صريحاً أو فحوى أو بشاهد الحال.

(١ و٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٣.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٨.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٨.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٥٧.

وفيه نظر. ولو مات إمام الأصل فالأقرب انعزال القضاة.

قوله: ﴿وفيه نظر﴾ القولان حكاهما الشيخ[١]. ومحلّ البحث في المسألة ما إذا أطلق، أمّا إذا كان نائباً عن المنوب ومعاوناً له فلا كلام في انعزاله. وإن كان نائباً عن الإمام عليه السلام ويكون المنوب وكيلاً عن الإمام في نصب الثاني كما في الوكيل الثاني فلا ينعزل، أمّا إذا أطلق فالوجهان لكنّ الظاهر أنّ الإذن بشاهد الحال إذن في الاستخلاف عن نفسه، ولا يبعد حين الإطلاق أو الإذن بشاهد الحال كونه نائباً عنه عليه السلام أيضاً فإنّ الحكم له وهو الأصل الأصيل، فوجود نائب لنائبه خلاف الأصل فيحتاج إلى إذن صريح والمفروض عدمه. وما يقال[٢]: من أنّه لو كان كذلك لكان نائب الإمام كنائب النبي صلى الله عليه وآله فلا يكون للإمام عزله وقد عزل[٣] أميرالمؤمنين عليه السلام أبا الأسود فأوهن شيء، لأنّ أميرالمؤمنين نفسه ومعدن سرّه وخازن وحيه، على أنّه ليس ممّا نحن فيه، لأنّ أميرالمؤمنين عليه السلام هو الّذي ولّى أبا الأسود وعزله لكون كلامه يعلو على الخصوم.

إذا عرف هذا فإطلاق القول بالانعزال غير جيّد كالإطلاق بعدمه إلّا أن يحمل على حال عدم القرينة.

هذا كلّه في النائب العامّ، وأمّا النائب الخاصّ في عمل خاصّ فيأتي الكلام فيه عند تعرّض المصنّف له.

قوله: ﴿وإذا مات إمام الأصل فالأقرب انعزال القضاة﴾ كما في

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٦ ـ ١٢٧. (٢) كما في إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٣.

(٣) مستدرك الوسائل: ج ١٧ ص ٣٥٩ باب نوادر ما يتعلّق بالقضاء ح ٦.

«السرائر[١] والشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والدروس[٥] وغاية المرام[٦] والمسالك[٧] والمجمع[٨]» وهو المنقول[٩] عن الجامع وعن الشيخ في «المبسوط» كما هو كذلك، وفي «الشرائع[١٠]» نقل عنه عدم الانعزال.

لنا على الانعزال الإجماع المنقول في ظاهر «المبسوط[١١] والسرائر[١٢]» حيث نسب فيهما إلى مذهبنا، ولأنّهم نوّابه وفروع له في الولاية فإذا زال الأصل يتبعه الفرع.

قال في «المسالك[١٣]» قد يقدح القول بانعزال النائب بموت الإمام في ولاية الفقيه في حال الغيبة، فإنّ الإمام الّذي جعله حاكماً وقاضياً قد مات فجرى في حكمه ذلك الخلاف المذكور، إلّا أنّ الأصحاب مطبقون على استمرار تلك الولاية فإنّها ليست كالتولية الخاصّة بل حكم بمضمون ذلك، فإعلامه بكونه من أهل الولاية على ذلك كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة وذي اليد مقبول الخبر وغير ذلك، وفيه بحث، انتهى.

ولعلّ المراد بالبحث أنّ الأخبار الدالّة على النصب لا تدلّ على الإعلام المذكور بل أقصى ما دلّت عليه أنّه عليه السلام جعله حاكماً وعلى إذنه في ذلك فلا تدلّ على إعلامه بكونه من أهل الولاية كإعلامه بكون العدل مقبول الشهادة. ونحن نقول: لا قدح في ذلك ولا بحث، والعمدة في ذلك كلّه الإجماع كما اعترف به والأخبار مؤيّده، بل نقول: هو نائب ومنصوب عن صاحب الأمر ـ صلّى الله عليه

(١ و١٢) السرائر: ج ٢ ص ١٧٦.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٨.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٩.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٨.
(٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٠.
(٧ و١٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٥٩.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٦.
(٩) نقله عنهما الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٢٩.
(١٠) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(١١) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٧.

وعلى آبائه الطاهرين وعجّل الله تعالى فرجه وجعلني فداه ـ ويدلّ عليه العقل والإجماع والأخبار. أمّا العقل: فإنّه لو لم يأذن يلزم الحرج والضيق واختلال النظام. وأمّا الإجماع: فبعد تحقّقه ـ كما اعترف به ـ يصحّ لنا أن ندّعي أنّه انعقد على أنّه نائب عنه ـ عجّل الله فرجه ـ واتّفاق أصحابنا حجّة وإلّا لوجب الظهور [١] لما تواتر من الأخبار: أن لا تزال الطائفة على الحقّ [٢] ولا تجتمع الأُمّة على الخطأ [٣] وإلى غير ذلك، أونقول بعد أن دلّ عليهالعقل:انعقد الإجماع عليه قطعاً، على أنّا ـ ولله الحمد ـ عندنا من الأخبار ما يدلّ على ذلك صريحاً وفي ذلك بلاغ وكفاية.

منها: ما رواه الصدوق في «إكمال الدين وإتمام النعمة [٤]» عن محمّد بن عصام عن محمّد بن يعقوب عن إسحاق بن يعقوب قال: سألت محمّد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أُشكلت عليّ، فورد التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام ... إلى أن قال: أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى راوة حديثنا فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجة الله. ورواه الشيخ في كتاب «الغيبة [٥]» عن جماعة عن جعفر بن محمّد بن قولويه وأبي غالب الزراري وغيرهما عن محمّد بن يعقوب، ورواه الطبرسي في «الاحتجاج [٦]» مثله.

فكأنّ الشهيد الثاني والمقدّس الأردبيلي لم يظفرا بهذه الأخبار.

وقد تُدّعى [٧] أنّ الأخبار الواردة عن آبائه عليهم السلام تدلّ بسوقها وظاهرها أنّ المقصود أنّ كلّ من اتّصف بتلك الصفات فهو منصوب من قبلهم وبإذنهم دائماً.

---

(١) ظهور الحجّة عجّل الله تعالى فرجه.

(٢) كنزالعمال: ج ١٢ ص ١٧٩ ح ٣٤٥٥٦ ـ ٣٤٥٦١، وص ١٨٠ ح ٣٤٥٦٢.

(٣) تلخيص الحبير: ج ٣ ص ١٤١ ح ١٤٧٤.

(٤) إكمال الدين وإتمام النعمة: ص ٤٨٤. (٥) كتاب الغيبة: ص ١٧٧.

(٦) الاحتجاج: ج ٢ ص ٤٧٠.

(٧) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٩.

وإذا رأى الإمام أو نائبه المصلحة في عزل القاضي لوجه ما أو لوجود من هو أكمل منه عَزَله.

وأمّا وجه عدم الانعزال فقد قالوا: لثبوت ولايتهم شرعا فتُستصحب، ولأنّ من يصلح لنيابة إمام يصلح لنيابة غيره، لأنّ المصلحة في نظرهم واحدة، ولذا نفذ أحكام الفقهاء في زمن الغيبة مع عدم ورود خبر عن إمام الزمان ـ عجّل الله فرجه ـ بتوليتهم وإنّما ورد عمّن قبله عليه السلام.

والكلّ مندفع، لأنّ الولاية ثابتة ولكن بالنيابة والفرعيّة، ولا تكفي الصلاحيّة ووجود المصلحة بل لابدّ من وجود المصلحة في نظر الثاني لما يعلمه من مقتضى الحال. وما قيل: من أنّه يترتّب على الانعزال مفسدة عظيمة من خلوّ بلد عن القاضي مدّة [1] فأوهن شيء، لأنّه لا مفسدة في الخلوّ في حال الحضور والتمكّن وإلّا يكون منصوباً بالإذن العامّ، نعم لو قيل بلزوم المفسدة إن قلنا: إنّه ينعزل بالموت قبل وصول الخبر فإنّه قد يكون حكم بأحكام كثيرة وتفرّق المتحاكمون في البلاد فإذا كان الحكم باطلاً لا يمكن استدراكه فتضيع حقوق الناس، ولو كلّف بالنقض وردّ الحقوق يلزم الحرج، توجّه ذلك. وأمّا قياسه على حال الغيبة فقد علمت الحال فيه.

قوله: ﴿لوجه ما أو لوجود من هو أكمل منه﴾ يمكن الاستغناء عن الثاني بالأوّل، وكذا إذا ارتاب فيه ويكفيه غلبة الظنّ كما نقل الفخر عن والده المصنّف [2]، وأولى منهما ما إذا اختلّ أحد الشرائط، وقريب منه ما إذا كان في العزل مصلحة كلّية كسكون فتنة ونحوه (صح خ).

---

(١) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٧.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٤.

وهل يجوز عزله اقتراحاً؟ فيه نظر. وهل يقف الانعزال على بلوغ الخبر؟ فيه احتمال ينشأ من مساواته للوكيل

وهذا العزل تارة يكون على سبيل الوجوب وتارة على سبيل الجواز.

قوله: ﴿وهل يجوز عزله اقتراحاً؟ فيه نظر﴾ اختار في «التحرير[1] والإيضاح[2]» جواز ذلك، لأنّه استنابة وتوكيل وتفويض لمنصب من مناصبه إليه فله العزل متى شاء كما يجوز عزل الوكيل بلا سبب. وجزم في «الشرائع[3] والإرشاد[4]» بعدم جواز العزل كذلك، لأنّه ولاية شرعيّة فلا تزول إلّا بمناف، وأنّه عقد لمصلحة المسلمين من وليّهم فلا يجوز العزل مع سداد الحال، ولأنّه عبث وتعريض للمعزول للقدح. وعند التأمّل يظهر لك ضعف الجميع فالأوّل أقرب. وهذا البحث ونحوه إنّما يمكن في النائب دون الإمام عليه السلام.

قوله: ﴿وهل يقف ... إلى قوله: للوكيل﴾ هذا منه بناء على ما اختاره في هذا الكتاب[5] في الوكيل من أنّه ينعزل بمجرّد العزل، وهو خلاف المشهور بين الأصحاب وخصوصاً المتأخّرين[6] حيث ذهبوا إلى أنّه يشترط إعلامه بذلك، فلو لم يعلمه لم ينعزل. وهو مختاره في «الإرشاد[7]» وقوّاه في «المختلف[8]». وذهب الشيخ[9] والتقي[10] والقاضي[11]

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١١٨.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧١.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٣٩.
(٥) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٣٦٤.
(٦) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ٩ ص ٥٤٨، والبحراني في الحدائق الناضرة: ج ٢٢ ص ٢١، والطباطبائي في رياض المسائل: ج ٩ ص ١٦.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤١٧.
(٨) مختلف الشيعة: ج ٦ ص ٢٦ ـ ٢٧.
(٩) النهاية: ص ٣١٨.
(١٠) الكافي في الفقه: ص ٣٣٨.
(١١) حكى عنه العلّامة في المختلف: ج ٦ ص ٢٦.

ومن القطع بعدم انعزاله للضرر.

والحسن بن حمزة[1] وأبو عبدالله بن إدريس[2] إلى انعزاله عند الإشهاد.

والحجّة على المشهور ـ بعد لزوم الضرر والحرج لو لم يعلم ـ الأخبار كصحيحة هشام بن سالم[3] ومعاوية بن وهب الصحيحة في «الفقيه[4]» وروايتي[5] جابر والعلاء بن سيابة.

قوله: ﴿ومن القطع بعدم انعزاله للضرر﴾ المراد معلوم لكن في ظهوره من العبارة نوع خفاء، ويتوقّف ذلك على بيان معنى الانعزال هنا ومرجع الضمير ومعرفة المراد من اللام الّتي في قوله للضرر، فنقول: إنّ الظاهر أنّ المراد بالانعزال الاعتزال والتجنّب، والضمير راجع إلى الانعزال كما هو الظاهر، ويحتمل عوده إلى القاضي، واللام بمعنى من أو للتقوية إن عدّينا الانعزال بنفسه، فيكون التقدير: ومن القطع بعدم انفكاك الانعزال عن الضرر لو قلنا بانعزاله بمجرّد العزل وأمّا الضرر فقد عرفت لزومه فيما سبق. قلت: ومع الضرر يلزم أيضاً التكليف بما لايطاق أو العبث أو عدم انعزاله على تقديره، لأنّه بعد الانعزال وقبل العلم إن لم يجز له الحكم لزم تكليف ما لا يطاق، وإن جاز فإمّا أن يكون حكمه صحيحاً أو لا، والأوّل يستلزم عدم عزله وقد فرض أنّه انعزل، والثاني يستلزم العبث في تسويغ الحكم، والكلّ محالٌ فتأمّل.

---

(١) الوسيلة: ص ٢٨٣. (٢) السرائر: ج ٢ ص ٩١ ـ ٩٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٨٦ ب ٢ من أبواب الوكالة ح ١.

(٤) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٨٣ ح ٣٣٨١، ووسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٨٥ ب ١ من أبواب الوكالة ح ١.

(٥) رواية جابر هي رواية معاوية بن وهب بعينها المتقدّمة.

ولو قال: إذا قرأت كتابي هذا فأنت معزول انعزل إذا قرأ عـليه، ولا ينعزل قبل القراءة. وينعزل بانعزاله كلّ مأذون في شغل معيّن،

قوله: ﴿ولو قال: إذا قرأت كتابي هذا فأنت معزول﴾ لا فرق في هذا القول بين اللفظ والكتابة ولا فرق في القراءة بين أن يقرأه أو يقرأ عليه أو يـخبر بمضمونه أو ينظر إليه فيطّلع على مضمونه، ولا فرق فـي الكـتاب بـين أن يـقرأ مجموعه أو الغاية المقصودة منه كما إذا ذهب بعض الكتاب بحيث تعذّرت قراءته لقضاء العرف بأنّ المراد ما يعمّ جميع ذلك. وفيه وجه ضعيف بالعدم اقتصاراً على حقيقة اللفظ. هذا إن قلنابوقوع العزل المعلّق إن كان هذا تعليقاً فتأمّل في المقامين.

قوله: ﴿وينعزل بانعزاله ... إلى قوله: معيّن﴾ الشغل إمّا خاصّ أو عامّ، فإن كان خاصّاً كما إذا كان نائباً في بيع مال الغائب الخاصّ أو نائباً في سماع إقرار ونحو ذلك فإنّه ينعزل بلا خلاف كما في «المسالك»، وإن كان عامّاً كما إذا كان قائماً على الأطفال كلّها أو نائباً على أموال غيّاب والوقوف ونحو ذلك، فقد نقل في «المسالك» فيه الوجهين من حيث التبعيّة ومن ترتّب الضرر بانعزالهم إلى أن يتجدّد الولاية[1]. قلت: إنّ التفصيل الّذي اعتمدناه آنفاً جار هنا.

وولد المصنّف نقل في «الإيضاح» عنه عدم الخلاف في عدم انعزاله، قال: وأمّا المنصوبون في شغل عامّ كقوّام الأيتام والوقوف فقال والدي: إنّـهم لا يـنعزلون بموت القاضي وانعزاله لئلا تختلّ أبواب المصالح وسبيلهم سبيل المتولّين من قبل الواقف[2]. وهذا يدلّ على أنّهم نوّاب بإذنه ﷺ لا أنّهم معاونون للقاضي وتابعون له. ويرشد إليه قوله: سبيلهم سبيل المتولّين. وهذا يؤيّد ما اعتمدناه من التفصيل.

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٦٠.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٥.

وفي نائبه في كلّ ناحية خلاف. ولو قال بعد العزل: قضيت بكذا لم يُقبل إلّا بالبيّنة. ولو شهد مع عدل أنّ هذا حكم به قاض ولم يسمّ نفسه فإشكال. ولو قال قبل العزل قُبل قوله بغير حجّة.

قوله: ﴿وفي نائبه في كلّ ناحية خلاف﴾ هذا يغني عنه ما سلف.

قوله: ﴿ولو قال بعد العزل ... إلخ﴾ أي لو قال القاضي المعزول لقاض آخر بعد العزل: قضيت بكذا قبله لم تقبل إلّا بالشاهدين، قال في «الخلاف»: لأنّه لا دلالة على وجوب قبول قوله. وبه قال مالك ومحمّد بن الحسن، وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف: يُقبل قوله فيما قال وأخبر به[1]. وظاهره أنّه لا خلاف بين أصحابنا في ذلك.

بقي شيء وهو أنّه هل يكفي معه شهادة واحد آخر؟ قلت: لا يكفي، لأنّ قوله هذا دعوى لا شهادة، لأنّه إخبار عن فعله، بخلاف شهادة المرضعة بالإرضاع فإنّها في الحقيقة بفعل الغير وهو الارتضاع فتأمّل.

قوله: ﴿فإشكال﴾ لجواز أن يريد حكم نفسه فلا تسمع إلّا مع البيان ومن وجود المقتضي وهو شهادة عدلين وانتفاء المانع فتُقبل كما لو شهدت المرضعة على رضاع محرّم ولم تذكر نفسها.

قوله: ﴿بغير حجّة﴾ أي لو قال: قضيت بكذا قبل العزل فإنّه تُقبل إذا كان في محلّ ولايته دون غيرها لأنّه أولى من نفوذ حكم إذا أنشأ، وما خالف فيه إلّا بعض العامّة[2].

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٥ المسألة ٤٢.

(٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٧٨، والشرح الكبير: ج ١١ ص ٤١٩.

ولو ادّعى على المعزول رشوة أحضره القاضي وفصل بينهما. وكذا لو قال: أخذ المال بشهادة فاسقين وإن لم يذكر الآخذ فالأقرب سماع الدعوى، إذ يجب الغرم على القاضي إذا لم يأخذ مع تفريطه.

قوله: ﴿أحضره القاضي وفصل بينهما﴾ كما هو الشأن في سائر الحكومات، لأنّه يدّعي عليه مالاً أخذه من غير حقّ.

قوله: ﴿وكذا ... إلى قوله: فاسقين﴾ قال الشيخ في «الخلاف»: إن اعترف به لزمه الضمان بلا خلاف، وإن أنكره كان القول قول المعزول مع يمينه ولم يكن عليه بيّنة على صفة الشهود، لأنّ الظاهر من الحاكم أنّه أمين كالمودع. وقال أبو حنيفة: عليه إقامة البيّنة على ذلك، لأنّه قد اعترف بالحكم ونقل المال إلى غيره وهو مدّعي ما يزول ضمانه فلا يقبل منه[1].

قوله: ﴿وإن لم يذكر ... إلخ﴾ أي فإن ذكر أنّه حكم عليه بذلك فاستوفى منه ولم يذكر الآخذ فالأقرب سماع الدعوى من غير أن يعرف أنّ له عليه بيّنة، بل وإن قال: لا بيّنة لي فيحضره القاضي بمجرّدها. والأقرب أنّها لا تُسمع ولا يكلّف باليمين ولا بالبيّنة إلّا إذا ظهر أنّ له عليه بيّنة بذلك، لأنّه أمين الإمام ﷺ فظاهره الاستظهار والإصابة في الأحكام فيصان منصبه عن التحليف والابتذال، ولما في ذلك من المشقّة (لو كلّف خ) لو كان البيّنة، ولأداء سماع مثل ذلك إلى هتكه والزهد في القضاء ولا سيّما إذا تكثّرت الدعاوي عليه بل لا يخلو ذلك من نوع تشنيع على الإمام. وهذا يجري في القضاء حال الغيبة كما إذا غلب عليه النسيان أو أُغمي عليه ونحو ذلك.

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٦ المسألة ٨.

ولو قال: قضى عليَّ بشهادة فاسقين وجب إحضاره وإن لم يقم المدّعي بيّنة، فإن حضر واعترف أُلزم. ولو قال: لم أحكم إلّا بشهادة عدلين قيل: كلّف البيّنة لاعترافه بنقل المال وادّعائه مزيل الضمان، وفيه نظر،

ووجه ما قرّبه المصنّف ما أشار إليه من أنّه يجب الغرم على القاضي إذا لم يأخذ مع تفريطه في الحكم الّذي ترتّب عليه الاستيفاء فهو بمنزلة الآخذ ويمكنه أن يقرّبه.

قلت: قد يقال: إنّا نمنع الغرم على القاضي وإن صدّقه في أنّه حكم عليه بشاهدين فاسقين بل يجيء هنا وجهان: الغرم لاستقرار السبب كما ذكر المصنّف وعدمه لعدم قرار الجناية. ولو صدّق الغريم فلا غرم كما أشار إلى الأمرين في «الدروس[1]».

قوله: ﴿ولو قال قضى ... إلى قوله: بيّنة﴾ هذا يمكن أن يكون تكريراً لما تقدّم ليفرع عليه ما بعده، ويمكن الفرق بينهما بأنّه في الأوّل قال: إذا استوفى منه ولم يذكر ذلك في هذا. وقد يفرّق بأنّه في الأوّل نبّه على الخلاف حيث قال: الأقرب وفي الثاني جزم بالسماع حيث قال: وجب إحضاره، وهذا ذكره في «الإيضاح[2]». وقد يفرّق[3] بينهما بتخصيصه هذا بما لا بيّنة فيه للمدّعي وتعميم الأوّل.

قوله: ﴿قيل: كلّف البيّنة﴾ القائل هو الشيخ في «المبسوط[4]» وهو مذهب

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٦٨.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٦.
(٣) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٣٢.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٣.

لأنّ الظاهر من الحكّام الاستظهار في حكمهم فيجب عليه اليمين لادّعائه الظاهر. ولو قال: نائب المعزول أخذت هذا المال أُجرة عملي لم يقبل وإن صدّقه المعزول إلّا بحجّة

أبي حنيفة[١]. وهو خلاف ما في «الخلاف[٢] والمختلف[٣] والشرائع[٤]».

حجّة الشيخ في «المبسوط» أنّه اعترف بنقل المال وادّعى ما يزيل الضمان كما أشرنا إليه فيما سبق. وهذا مبنيّ على أنّ الأصل في الحكم بنقل المال الضمان إلى أن يثبت المزيل. وفيه: إنّه إنّما يكون سبباً مع التفريط، والأصل والظاهر يحكمان بعدمه. وهذا هو الّذي أشار المصنّف إلى ما يرد عليه كما عرفت.

قوله: ﴿فيجب عليه اليمين﴾ كما في «الخلاف[٥] والمختلف[٦] والإيضاح[٧]» وغيرها[٨] والوجه ما أشار إليه المصنّف. وقد عرفت الحال في ذلك. وقيل: إنّه يصدّق من غير اليمين لأن كان أمين الشرع فيصان منصبه عن التحليف والابتذال، حكاه الشيخ[٩]، وهو الصواب وكأنّ الّذي دعاهم إلى ما ذهبوا إليه موافقة الأُصول وهي معارضة بما ذكرنا، فقد عرفت أنّ محلّ النزاع في أمرين: الأوّل: إنّ إحضاره هل يتوقّف على البيّنة أم لا؟ والثاني: إنّه إذا حضر وأنكر هل يكلّف ببيّنة أو يحلف أو يقبل قوله من غير يمين؟

قوله: ﴿ولو قال نائب المعزول ... إلخ﴾ يريد بنائب المعزول نائبه في عمل يستحقّ عليه الأُجرة لا نائبه في القضاء، لأنّه لا يجوز له أخذ الأُجرة.

---

(١) راجع الهداية شرح بداية المبتدى: ج ٥ ص ٥٣١.
(٢ و٥) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٦ المسألة ٨.
(٣ و٦) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤١٧.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٦.
(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٦.
(٨) كشرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٦.
(٩) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٣.

وفي الاكتفاء بيمينه في قدر أُجرة المثل نظر. ولو عُزل القاضي بعد سماع البيّنة قبل الحكم ثمّ وُلّي وجبت الاستعادة، ولو خرج من ولايته ثمّ عاد لم تجب.

والمراد أنّه لو قال نائب المعزول: أخذت هذا المال أُجرة عملي الّتي قدّرها لي المعزول في جواب من قال له: أخذت منّي مالاً لم يقبل (إلّا بحجّة خ) وإن صدّقه المعزول، لأنّه لا عبرة بإنشائه ولا فعله فكذا تصديقه، فإذا لم يثبت العمل بحجّة حلف المدّعي لأنّه صار منكراً ووجب على النائب الردّ.

قوله: ﴿وفي الاكتفاء ... إلى قوله: نظر﴾ لابدّ في تصحيح العبارة من تقدير مضاف أي في ثبوت قدر أُجرة المثل، إذ ليس البحث في مقدار أُجرة المثل، ولابدّ أن تكون مبنيّة على ثبوت العمل، فكأنّه قال: وبعد ثبوت العمل ففي الاكتفاء بيمينه نظر من أنّه مدّع ومن أنّه أمين من جهة الشرع والأصل والظاهر قاضيان بعدم التبرّع، لكن لا يثبت له إلّا أُجرة المثل للأصل، فيردّ ما زاد. وهذا هو الأقرب الأوفق، قال في «التحرير»: الأقرب أنّه لا يحلف على قدر أُجرة المثل [1]. وقال فخر المحقّقين: قال والدي: هذا الخلاف مبنيّ على أنّ من عمل لغيره بأمر من له العمل إذا لم يجر ذكر أُجرة هل يستحقّ أُجرة؟ قيل: نعم، لأنّه عمل محترم له أُجرة والأصل عدم التبرّع، وقيل: لا، لأنّه أعمّ ولا يدلّ العامّ على الخاصّ، والأقوى الأوّل [2].

قوله: ﴿لم تجب﴾ على الأصحّ لعدم عروض المبطل كما عرض في الأوّل بالعزل. وقد يقال [3]: نمنع من عدم وجود الاستعادة لتخلّل ما يمنع من الحكم وهو الخروج إلى غير ولايته لأنّه لا حكم له في غيرها فتأمّل.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٦.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٠٧.
(٣) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٣٣.

المقصد الثاني

في كيفية الحكم

وفيه فصول:



الأوّل: في الآداب

ينبغي للحاكم إذا سار إلى بلد ولايته أن يسأل من أهله حال البلد ويتعرّف منهم ما يحتاج إلى معرفته، وإذا قدم أشاع بقدومه، وواعدهم يوماً لقراءة عهده، وأن يسكن وسط البلد، وأن يجلس للقضاء في موضع بارز كرحبة أو فضاء ليسهل الوصول إليه،

المقصد الثاني

في كيفيّة الحكم

قوله: «إذا سار» فإن لم يتمكّن قبله ففي الطريق وإلّا فحين الدخول.

قوله: «كرحبة» قال في «القاموس»: ورَحَبة المكان ـ وتسكن ـ ساحته

وأن يبدأ بأخذ ديوان الحكم من المعزول وما فيه وثائق الناس والمحاضر وهي نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلّات وهي نسخ ما حكم به والحجج الّتي للناس، وأن يخرج للقضاء في أجمل هيئة خالياً من غضب أو جوع أو عطش أو غمّ أو فرح أو وجع أو احتياج إلى قضاء حاجة أو نعاس.

فإن حكم في المسجد صلّى عند دخوله ركعتين،

ومتّسعه[1]، ونقل عن الفرّاء أنّها حدّ المسجد[2] أيضاً.

قوله: ﴿ديوان الحكم﴾ إمّا أن يكون عبارة عن البيت المعدّ لوضع الصناديق والخرائط ونحوه، أو يكون عبارة عن نفس هذه المذكورات.

قوله: ﴿والحجج الّتي للناس﴾ وهي نسخ المعاملات من البيع والمداينة والمصالحة ونحو ذلك. وينبغي جعل كلّ في قمطرة كسجلّ لئلا يشتبه الحال وليسهل على القاضي الوصول.

قوله: ﴿في أجمل هيئة﴾ ولا يجلس على بارية المسجد بل يفرش له فراشاً ويجلس عليه وحده.

قوله: ﴿خالياً من الغضب﴾ للأخبار المستفيضة الواردة في ذلك[3]، وكذا كلّ ما يمنع التوجّه التامّ كما يظهر من الأخبار[4]. وكأنّه لعدم صحّة هذه الأخبار مع الاعتبار حملت على الكراهة وإلّا فهي صريحة في النهي، ولأنّ المفروض علمه

---

(١) قاموس المحيط: ج ١ ص ٧٢ مادّة «رحب».

(٢) حكاه عنه في لسان العرب: ج ٥ ص ١٦٦ في مادّة «رحب».

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٥٦ ب ٢ من أبواب آداب القاضي ح ١ و٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٥٥ ب ١ من أبواب آداب القاضي ح ١.

ثمّ يجلس مستدبر القبلة ليكون وجوه الخصوم إليها، وقيل: يستقبلها.

ثمّ ينظر أوّل جلوسه في المحبوسين فيطلق كلّ من حبس بظلم أو تغرير، ومن اعترف أنّه حبس بحقّ أقرّه، ومن قال: أنا مظلوم لأنّي معسر فإن صدّقه غريمه أطلق،

وعدالته وهما يمنعانه عن ترك ما يحتاج إليه والإخلال بالواجب.

قوله: ﴿ثمّ يجلس مستدبر القبلة﴾ كما في «المقنعة[1] والنهاية[2] والكافي[3] والوسيلة[4] والسرائر[5]» وهو مذهب الأكثر كما في «جامع المقاصد[6] وكشف اللثام[7]» ـ ذكراه في كتاب الصلاة ـ ليكون وجه الخصم إليها ولا سيّما عند الاستحلاف. وقال الشيخ في «المبسوط[8]» يستقبلها، لما ورد عنه ﷺ: خير المجلس ما استقبل به القبلة[9]. ووافقه على ذلك الشهيد في «الذكرى[10]» في كتاب الصلاة.

قوله: ﴿وينظر أوّل جلوسه في المحبوسين﴾ فينادي مناديه في البلد إلى ثلاثة أيّام ألا إنّ القاضي ينظر إلى أمر المحبوسين فمن كان له على المحبوس حقّ فلينظره، وإنّما يبتدأ بهم أوّلاً لأنّ الحبس عذاب فيخلّصهم، ويجوز أن يكون فيهم المظلوم.

---

(١) المقنعة: ص ٧٢٢. (٢) النهاية: ص ٣٣٨. (٣) الكافي في الفقه: ص ٤٤٤.
(٤) الوسيلة: ص ٢٠٩. (٥) السرائر: ج ٢ ص ١٥٦.
(٦) جامع المقاصد: ج ٢ ص ٦١ فيه: والأشهر.
(٧) كشف اللثام: ج ٣ ص ١٥٤. (٨) المبسوط: ج ٨ ص ٩٠.
(٩) وسائل الشيعة: ج ٨ ص ٤٧٥ ب ٧٦ من أبواب العشرة ح ٣.
(١٠) ذكرى الشيعة: ج ٣ ص ١٨٨.

وإن كذّبه فإن كان الحقّ مالاً أو ثبت بالبيّنة أنّ له مالاً ردّه إلى الحبس إلّا أن تقوم بيّنة بتلفه، ولو لم يكن الدعوى مشتملة على أخذ مال ولا ثبت له أصل مال فالقول قوله مع اليمين في الإعسار. وإن قال: أنا مظلوم إذ لاحقّ عليَّ طولب خصمه بالبيّنة فإن أقامها وإلّا أطلقه بعد يمينه. وهل يجوز إطلاقه بادّعائه الظلم وإن لم يحضر خصمه؟ الأقرب المنع.

ولو قال: لا خصم لي ولا أدري لِمَ حُبست؟ نودي على طلب الخصم (خصمه خ) فإن لم يحضر أطلق، وإن ذكر غائباً وزعم أنّه مظلوم ففي إطلاقه نظر أقربه أنّه لا يحبس ولا يطلق لكن يراقب إلى أن يحضر خصمه ويكتب إليه ليعجّل فإن لم يحضر اُطلق.

قوله: ﴿فإن كان الحقّ مالاً﴾ حصل في يده باقتراض أو ابتياع أو غصب أو صلح أو نحو ذلك.

قوله: ﴿فالقول قوله ... إلخ﴾ للأصل. وإن أقام الغريم بيّنة بمال في يده، فقال: إنّه لغيري، فإن لم يعيّنه لم يُسمع، وإن قال: إنّه لزيد فكذّبه طولب بالحقّ، وإن صدّقه وكان له بيّنة ترجّحت وكان المال له، وإلّا احتمل القبول ـ كما في «التحرير[1]» ـ لأنّ البيّنة الاُولى شهدت بالملك لمن لا يدّعيه فلا عبرة بها، والعدم فيلزم بالقضاء من المال لتضمّن الشهادة وجوب القضاء منه مع اتّهامه في الإقرار.

قوله: ﴿الأقرب المنع﴾ قال الشيخ: يشاع حاله ثمّ يطلق بعد إحلافه[2].

قوله: ﴿ففي إطلاقه نظر﴾ من أنّه فعلٌ صدر عن قاضٍ والظاهر أنّه بحقّ،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٣.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٩٤ و ٩٥.

ثمّ بعد ذلك ينظر في الأوصياء وأموال الأطفال والمجانين ويعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط ولاية إمّا لبلوغ ورشد أو ظهور خيانة أو ضمّ مشارك إن ظهر عجز.

ثمّ ينظر في أُمناء الحكم الحافظين لأموال الأيتام والمجانين والمحجورعليهم لسفه وغيره والودائع وتفرقةالوصايا بين المساكين فيعزل الخائن ويعين العاجزبمشارك ويستبدل بهإن كان أصلح ويقرّه إن كان أميناً قويّاً، وإن كان قد تصرّف وهو أهل له نفذ، وإن كان فاسقاً وكان أهل الوصيّة بالغين عاقلين معيّنين صحّ دفعه إليهم، وإن كانوا غير معيّنين كالفقراء والمساكين احتمل الضمان، إذ ليس له التصرّف وعدمهلأنّهأوصلهإلى أهله، وكذا لو فرّق الوصيّة غيرالوصيّ.

ثمّ ينظر في الضوالّ واللقط فيبيع ما يخشى تلفه وما يستوعب مؤنته قيمته، ويسلّم ما عرّفه الملتقط حولاً إليه إن كان في يد الأمين واختار الملتقط ذلك ويحفظ ما عدا ذلك، كالجواهر والأثمان إلى أن يظهر أربابها.

ومن أصل البراءة وكون الحبس عقوبة فلا يفعل ما لم يثبت موجبه.

قوله: ﴿احتمل الضمان﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2]» قال في «التحرير والدروس[3]» أمّا لو تصرّف في مال الوقف على المساجد ونحوها ممّا ليس له أهليّة الحكم فإنّه يكون ضامناً وإن كان قد صرفه في وجهه إذا لم يكن الواقف ولا الحاكم جعلا له النظر فيه.

قوله: ﴿واختاره﴾ أي اختار التملّك.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٩٥ و٩٦.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٤.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٢.

ثمّ يأمر العلماء بالحضور عنده وقت الحكم لينبّهوه على الخطاء إن وقع منه ويستوضح منهم ما عساه يشكل عليه لا بأن يقلّدهم. فإن أخطأ فأتلف لم يضمن في ماله بل في بيت المال. ثمّ يتروّى بعد ذلك في ترتيب الكاتب والمترجم والقسّام والوزّان والناقد، وليكن الكاتب عدلاً عاقلاً عفيفاً عن المطامع ولايشترط العدد.

قوله: ﴿ثمّ يأمر العلماء﴾ ليس المراد بهم المجتهدين فقط كما في «المسالك[1]» إذ قد يعرف التلميذ ما لا يعرفه الاُستاد. وليس هذا مقصوراً على من قال بالتخطئة لأنّه يجري أيضاً عند من قال بالتصويب. وقوله في «الشرائع»: لأنّ المصيب عندنا واحد[2] ليس مراده أنّه لا يجري على القول بالتصويب بل المراد أنّ التنبيه على الخطاء واجب عند من يقول بالتخطئة أو راجح، أمّا على القول بالتصويب فلا يستحبّ فلا يظهر للإحضار فائدة يعتدّ بها إلّا عند الغفلة عن الدليل في الحكم فتأمّل.

قوله: ﴿إن وقع منه﴾ فينبّهوه عليه بطريق البحث، بل الفائدة في إحضار العلماء استخراج الأدلّة والتعرّف للحقّ، خلافاً لمالك وأبي حنيفة فيما إذا لم يخالف الإجماع[3]، وقال الشافعي: ليس لهم ذلك إلّا إذا خالف نصّاً أو إجماعاً أو قياساً[4].

قوله: ﴿بل في بيت المال﴾ للنصّ الوارد عن أميرالمؤمنين عليه السلام ماأخطأت القضاة في دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين[5].

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٧٣.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٤.
(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٤٩.
(٤) راجع الاُمّ: ج ٦ ص ٢٢٩.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٦٥ ب ١٠ من أبواب آداب القاضي ح ١.

أمّا المترجم فلابدّ من اثنين عدلين، وكذا المُسمع إذا كان بالقاضي صَمَم ولا يشترط لفظ الشهادة ولا الحرّيّة. ولو طلب المُسمع أجرة ففي وجوبها في مال صاحب الحقّ إشكال.

قوله: ﴿فلابدّ من اثنين عدلين﴾ أي وإن ترجما عن الزنا كما في «التحرير[1]» ولا يكفي رجل وامرأتان وإن ترجما عمّا يكفي فيه ذلك.

قوله: ﴿وكذا المُسمع﴾ قد يقال: إنّه يكفي فيه الواحد[2] لأنّه لو غيّر اللفظ عرف الخصمان والحضّار بخلاف المترجم، ولذا تردّد في «التحرير» قال: نعم لو كان الخصمان أصمّين وجب العدد[3]. قال في «الدروس» وفي اشتراط العدد في المترجم والمُسمع وجهان من حيث إنّها شهادة ومن أنّه لو غيّر لاعترض عليه الخصمان، وحينئذٍ يمكن أن يشترط حيث يمكن التغيير إمّا لعدم معرفتهما بلغة المترجم أو لكونهما أصمّين[4]. قلت: أو لكون أحدهما أصمّ، والأقرب التعدّد مطلقاً.

قوله: ﴿ولا يشترط لفظ الشهادة﴾ أي في الإسماع والترجمة. قال في «التحرير»: ويعتبر في الترجمة لفظ الشهادة، ولعلّ وجه فرقه اختلاف اللفظ في الترجمة وتنزّل المترجم منزلة الغائب، ثمّ قال: فإن شرطنا العدد فالأقرب عدم اشتراط لفظ الشهادة، وإن لم نشترط فلا يراعى لفظ الشهادة، لأنّه يسلك به مسلك الرواية[5].

قوله: ﴿ولا الحريّة﴾ لأنّها بمنزلة الراوي فليست شرطاً فيهما كالشاهدين فتأمّل.

قوله: ﴿ففي وجوبها في مال صاحب الحقّ إشكال﴾ من أنّ ثمرة

(١ و٣ و٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٧.

(٢) القائل هو أبوحنيفة، راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ١٧٦.

(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٢ و٧٣.

ولا يعزّر من أساء أدبه في مجلسه إلّا بعد الزجر باللسان والإصرار. فإن ظهر كذب الشاهد عزّره ظاهراً ونادى عليه.

ويكره أن يتّخذ حاجباً وقت القضاء.

الحكم له لأنّه نائب عنه فيكون الأُجرة عليه ومن أنّه من المصالح العامّة فيكون في بيت المال. وهو خيرة «التحرير[1]»، ويحتمل أن يكون على المدّعى والمنكر. والمراد بالمُسمع هنا ما يشمل المترجم.

قوله: ﴿ولا يعزّر ... إلخ﴾ ينبغي أن يزجر من تعدّى الشرع في مجلسه برفق، فإن انتهى وإلّا انتقل إلى الأخشن، ولو افتقر إلى التعزير فعل كما هو الشأن في كلّ أمر بمعروف. ولو كان الحقّ للحاكم استحبّ له العفو ما لم يؤدّ إلى فساد.

قوله: ﴿فإن ظهر ... إلخ﴾ قد ورد في خبر سماعة وغياث بن إبراهيم وغيرهما: أنّه يُجلد ويطاف به حتّى تعرفه الناس، فإذا تاب تعرف توبته بأن يكذّب نفسه على رؤوس الأشهاد[2].

وقال الشيخ: لا يحلق رأسه ولا يركب ولا يطوّف ولا ينادي هو على نفسه، وفيه خلاف. وروي في أخبارنا أنّه يركب وينادي على نفسه[3].

قوله: ﴿ويكره أن يتّخذ حاجباً ... إلخ﴾ تقييده بوقت القضاء يشعر بأنّ ذلك لا يكره لغير القاضي كما أشار إليه في «المسالك[4]» قال الأردبيلي: والظاهر أن لا خصوصية للكراهة في القاضي فإنّه مستلزم للمنع عن زيارة المؤمن للمؤمن، ولهذا ما نقل عن أحد من الصلحاء ذلك فضلاً عنهم عليهم السلام إلّا ما نقل عن بعضهم عليهم السلام،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٨.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٤٣ ـ ٢٤٤ ب ١٥ من أبواب الشهادات ح ١ و٢ و٣.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٤.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٧٧.

واتّخاذ المساجد مجلساً لحكمه دائماً على رأي،

وهذا محمول على الخوف من الظلمة مع العلم بعدم الضرر والمفسدة، انتهى [١].

وأمّا القاضي: فقد نقل الفخر عن بعض الفقهاء القول بالتحريم عملاً بظاهر قوله ﷺ في خبر أبي مريم الأزدى من ولي شيئا من أمور الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته (خَلّته خ) [٢] وفقره [٣]. واستقربه في «الإيضاح [٤]». قلت: إن اتّخذه على الدوام الظاهر أنّه لا خلاف في التحريم، قال في «المجمع»: بل ولو كان في بعض الأوقات لوجوب رفع الظلم وإيصال الحقوق إلى أهلها [٥].

وأمّا دليل الكراهة: فأصل البراءة والإباحة، ويُحمل الخبر على التنزيه.

قوله: ﴿واتّخاذ المساجد... إلخ﴾ كذا في «الشرائع [٦]» في كتاب القضاء و«الإرشاد [٧] والتلخيص [٨]» وصلاة «البيان [٩]» وحاشية «الإرشاد [١٠]» وحاشية «الميسي [١١]» و«المفاتيح [١٢]» واستحسنه في «المسالك [١٣]» وفي كتب المحقّق في الصلاة [١٤] و«التلخيص [١٥] والتبصرة [١٦] والإرشاد [١٧] واللمعة [١٨] والنفلية [١٩]

(١ و ٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٢.
(٢) الخَلّة ـ بفتح الخاء ـ الحاجة.
(٣) عوالي اللئالي: ج ٢ ص ٣٤٣ ح ٦، وسنن أبي داود: ج ٣ ص ١٣٥ ح ٢٩٤٨.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٠.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٤.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٠.
(٨) تلخيص المرام: ص ٢٩٥.
(٩) البيان: ص ٦٨.
(١٠) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي ج ٩): ص ٥٦٦.
(١١) لا يوجد لدينا.
(١٢) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٠.
(١٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٧٧.
(١٤) منها المختصر النافع: ص ٤٩، شرائع الإسلام: ج ١ ص ١٢٨، المعتبر: ج ١ ص ٤٥٢.
(١٥) تلخيص الخلاف: ج ٣ ص ٣٥٥.
(١٦) تبصرة المتعلّمين: ص ٤٠.
(١٧) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٢٥٠.
(١٨) اللمعة الدمشقية: ص ٣٦.
(١٩) النفلية: ص ١٤٣.

ومجمع البرهان[١] والكفاية[٢]» جميعاً في كتاب الصلاة يكره إنفاذ الأحكام فيها، وظاهرها عدم اعتبار الدوام. وفي صلاة «النهاية[٣] والمبسوط[٤] والمنتهى[٥] والتحرير[٦] ونهاية الإحكام[٧]» التعبير بالأحكام، فإمّا أن يكون المراد واحداً وإمّا أن يكون المراد بالإنفاذ الإجراء والعمل بمقتضاها من الحبس والحدّ كما ذكر جماعة، لكن يدخل في ذلك إقامة الحدود مع أنّها مذكورة مع ذلك في هذه الكتب. ويمكن الجواب بأنّ تخصيصها بالذكر لكونها خصّت بذلك في الخبر. وتمام الكلام في المسألة وأطرافها قد استوفيناه في مبحث المساجد[٨] من كتاب الصلاة.

وظاهر «المقنعة[٩] والمراسم[١٠] والنهاية[١١]» الاستحباب، وهو المنقول[١٢] عن القاضي في «الكامل». وظاهر «الخلاف[١٣] والمبسوط[١٤]» نفي الكراهة مطلقاً، وهو المنقول[١٥] عن القاضي في «المهذّب». وقال في «السرائر» الجواز أليق بمذهبنا[١٦] لأنّ القضاء من أفضل الطاعات والمسجد من أشرف البقاع ولما ورد أنّ علياً عليه السلام بلغه أنّ شريحاً يقضي في بيته فقال: يا شريح اجلس في المسجد فإنّه أعدل بين الناس[١٧].

وأمّا دليل الكراهة فالأخبار المستفيضة[١٨] مع ما يلزم في الغالب من دخول

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ٢ ص ١٥٣.
(٢) كفاية الأحكام: ج ١ ص ٨٥.
(٣ و ١١) النهاية: ص ١٠٩ و ٣٣٨.
(٤) المبسوط: ج ١ ص ١٦١.
(٥) منتهى المطلب: ج ٦ ص ٣٢٢.
(٦) تحرير الأحكام: ج ١ ص ٣٢٦.
(٧) نهاية الإحكام: ج ١ ص ٣٥٦.
(٨) تقدّم الكلام فيه في ج ٦ ص ٢٨٨ ـ ٢٩٢.
(٩) المقنعة: ص ٧٢٢.
(١٠) المراسم: ص ٢٣٠.
(١٢) حكى عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٥٨.
(١٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٠ مسألة ٣.
(١٤) المبسوط: ج ٨ ص ٨٧.
(١٥) حكى عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٥٨.
(١٦) السرائر: ج ٢ ص ١٥٦ و ١٥٧.
(١٧) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٥٣٤ ح ١٨٩٧.
(١٨) وسائل الشيعة: ج ٥ ص ٢٣٣ ب ٢٧ من أبواب أحكام المساجد، وسنن البيهقي: ←

والقضاء مع غضب وشبهه ممّا يشغل الخاطر. ولو قضى حينئذٍ نفذ،

الصبيان والمجانين بل ربّما استلزم دخول الحائض والمشرك.

وأمّا عدم الكراهة إذا اتّفق أحياناً فللأصل السالم عن المعارضة ولتضافر الأخبار [١] بوقوعه عن النبي ﷺ وعن أميرالمؤمنين ﷺ ودكّة القضاء إلى الآن مشهورة. وهذا الأخير استدلّ به ابن إدريس على الجواز [٢]. قلت: فيه نوع تأمّل، إذ يحتمل أن يكون وقع هناك قضاء غريب اتّفاقاً واشتهر بها لغرابتها لا لكونه كان يقضي دائماً. وقال المحقّق الثاني: لا يكره مطلقاً إنّما يكره إنفاذ الأحكام مثل الحدود والتعزير ونحوهما [٣]، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو قضى نفذ﴾ قد عرفت أنّ علمه وعدالته يمنعانه من الإخلال بالواجب وترك ما يحتاج إليه، وحينئذٍ فينفذ للأصل السالم عن المعارض. وقيل: بانتفاء الكراهة إذا كان القاضي قادراً على منع نفسه [٤] لما روي أنّ رسول‌الله ﷺ لمّا جاءه الزبير والأنصاري يختصمان في سقي الزرع قال ﷺ: اسق زرعك يا زبير ثمّ أرسل الماء إلى جارك، فقال الأنصاري: لأن كان ابن عمّتك! فاحمرّ وجه رسول‌الله ﷺ وقال: اسق زرعك يا زبير ثمّ احبس الماء حتّى يبلغ أُصول الجدر [٥]. وبعضهم استدلّ بها على نفوذ القضاء مع الغضب [٦] لأنّه ﷺ استنزل الزبير

← باب استحباب أن لايكون القضاء في المساجد ج ١٠ ص ١٠٢.

(١) راجع المناقب لابن شهرآشوب: قضايا أميرالمؤمنين ﷺ في عهد عمر ج ٢ص ٣٥٩، وسنن البيهقي: ج ٧ ص ٣٩٨ ـ ٣٩٩.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٥٧.

(٣) جامع المقاصد: ج ٢ ص ١٥٠.

(٤) كما في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٠.

(٥) سنن أبي داود: ج ٣ص ٣١٥ح ٣٦٣٧، وصحيح البخاري: ب ٤٢ أحكام المياه ج ٣ص ١٤٥.

(٦) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٤٤.

وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه والحكومة،

أوّلاً عن حقّه فلمّا أغضبه الأنصاري أمره باستيفاء حقّه. قلت: فعله لا يقاس عليه، لأنّ الغضب عنده كالعدم وأنّه لا يمكن أن يمنعه من كمال الحق وأنّه لا يحتاج إلى الفكر.

قوله: ﴿وأن يتولّى البيع والشراء لنفسه﴾ الظاهر أنّ سائر المعاملات كذلك من الإجارة أو استئجار وغيرهما، كما أنّه قد يقال: لا خصوصيّة لنفسه بل يجري ذلك فيمن كان معلوماً أنّه وكيله لجريان بعض الموانع الجارية في القاضي فيه. ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره مع من يعلم أنّه يحابي أو غيره، لما روي عنه ﷺ: ما عدل والٍ اتّجر في رعيّته أبداً[١]، وفي خبر آخر: لعنت إماماً يتّجر في رعية[٢]، وفي «المناقب» لأخطب خوارزم عن أبي مطر عن أميرالمؤمنين عليه السلام أنّه أتى سوق الكرابيس فقال يا شيخ أحسن بيعي في قميصي بثلاثة دراهم فلمّا عرفه لم يشتر منه، ثمّ أتى آخر فلمّا عرفه لم يشتر منه، فأتى غلاماً حدثاً فاشترى منه قميصاً بثلاثة دراهم[٣]، ولأنّه قد يحابي فيميل قلبه إلى ما يحابيه إذا رفع إليه في أمر وقد يخاف خصم من عامله ميل القاضي عليه فيمتنع من الرفع إليه.

قوله: ﴿والحكومة﴾ يدلّ عليه ما تقدّم من كراهة البيع والشراء وكراهة ارتكاب ذلك لذي المروّات، وقد روي: إنّ عليّاً عليه السلام وكّل عقيلاً وقال: إنّ للخصومة قُحَماً[٤]. والقُحَم ـ بالضمّ ـ الأمر الشاقّ.

---

(١) كنز العمّال: ج ٦ ص ٢٣ ح ١٤٦٧٦، المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٣٩.
(٢) الكامل لعبدالله بن عديّ: ج ٦ ص ٢٢٤ آخر الرقم ١٢٩٠.
(٣) المناقب للخوارزمي: ص ١٢١ ـ ١٢٢ ح ١٣٥.
(٤) نهج البلاغة (لصبحي صالح): ٥١٧ غريب كلامه ٣، والمغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٢٠٥، عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٦.

وأن يستعمل الانقباض المانع من الحجاج عنده أو اللين المقتضي إلى سقوط محلّه، وترتيب شهود معيّنين.

الفصل الثاني: في التسوية

ويجب على الحاكم التسوية بين الخصمين إن تساويا في الإسلام والكفر في القيام والنّظر وجواب السّلام وأنواع الإكرام والجلوس والإنصات والعدل في الحكم.

قوله: ﴿وترتيب شهود معيّنين﴾ يريد أنّه يكره له أن يرتّب قوماً لتحمّل الشهادة من غير قهر ولا ردّ شهادة غيرهم، لأنّه قد يظنّ بعض من لا معرفة له أنّه لايقبل شهادة غيرهم فتضيع حقوق بعض النّاس، ولأنّه قد يحصل لغير المرتّب غضاضة. وأمّا إذا رتّب شهوداً يسمع شهادتهم دون غيرهم فهو حرام جزماً، لما في ذلك من مخالفة الكتاب والسنّة ولزوم الضّرر والحرج العظيم، وأوّل من رتّب شهوداً لا يقبل غيرهم إسماعيل بن إسحاق القاضي المالكيّ.

قوله: ﴿الفصل الثاني: في التسوية ويجب على الحاكم ... إلى قوله: في الحكم﴾ أمّا العدل في الحكم فلا خلاف في وجوبه. وأمّا ما عداه فهو مختار أكثر الأصحاب بل لم يخالف فيما أجد سوى من يأتي ذكره، لما رواه الشيخ[1] والصدوق[2] والكليني[3] عن سلمة بن كهيل قال: سمعت أميرالمؤمنين عليه السلام

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨٨ ج ٦ ص ٢٢٥ ح ١.

(٢) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٥ ح ٣٢٤٦.

(٣) الكافي: ج ٧ ص ٤١٢ ح ١.

وله أن يرفع المسلم على الذمّي في المجلس، فيجلس المسلم أعلى من الذمّي، ويجوز أن يكون المسلم قاعداً والذمّي قائماً.

يقول لشريح ... إلى أن قال: وخذ للناس بحقوقهم، ثمّ قال: وواسِ بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك.

وما رواه ثقة الإسلام عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلي عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام: من ابتلي بالقضاء فليواس بينهم في النظر وفي الإشارة وفي المجلس[1].

ولقوله صلى الله عليه وآله: من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعده، ولا يرفعنّ صوته على أحدهما ما لم يرفع على الآخر[2].

ولقوله عليه السلام في قضيّة اليهودي: لو لا أنّه ذمّي لجلست بين يديك[3].

والضعف منجبر بفتوى أكثر الأصحاب وأنّها لظاهرة في الوجوب صريحة الدلالة على المراد. وفي «المراسم[4] والغنية[5] والمجمع[6] والمختلف[7]» وظاهر «السرائر[8]» أنّه مستحبّ، وهو الموافق للسيرة وعدم الحرج. وعليه شيخنا[9] أدام الله تعالى حراسته استضعافاً للدليل سنداً ودلالة مع الأصل، وقد علمت الحال. وصاحب «الكفاية[10]» توقّف وظنّ أنّ الرواية عاميّة.

قوله: ﴿وله أن يرفع ... إلخ﴾ لقوله عليه السلام في قضيّة اليهودي غير أنّي

---

(١) الكافي: ج ٧ ص ٤١٣ ح ٣.

(٢) كنز العمّال: ج ٦ ص ١٠٢ ح ١٥٠٣٢.

(٣) المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٤٤.

(٤) المراسم: ص ٢٣٠.

(٥) غنية النزوع: ص ٤٤٤.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٥٤.

(٧) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٠٣.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٥٧.

(٩) لم نعثر عليه.

(١٠) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٧١.

ولا يجب التسوية في الميل القلبي.

سمعت النبي ﷺ يقول: لا تساووهم في المجالس[١] وهو الموافق للاعتبار لما في ذلك من تعظيم الإسلام فلا تجب التسوية مطلقاً ولا تستحبّ لأن كان المناط منقّحاً وأولى.

قوله: ﴿ولا يجب التسوية في الميل القلبي﴾ لأنّه غير مقدور غالباً، نعمْ إن أمكن ولو بجهد استحبّ كما أشار إليه في «الدروس[٢]» لما رواه ثقة الإسلام[٣] والشيخ[٤] والطوسي في «الأمالي[٥]» عن أبي جعفر عليه السلام قال: كان في بني إسرائيل قاض وكان يقضي بالحقّ فيهم، فلمّا حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا متّ فغسّليني وكفّنيني وضعيني على سريرتي وغطّي وجهي فإنّك لا ترينّ سوءاً. فلمّا مات فعلت ذلك ثمّ مكثت بذلك حيناً ثمّ إنّها كشفت من وجهه لتنظر إليه فإذا هي بدودة تقرض منخره! ففزعت من ذلك، فلمّا كان الليل أتاها في منامها فقال لها: أفزعك ما رأيت؟ قالت: أجل لقد فزعت. فقال لها: أما لئن كنت فزعت ما كان الّذي رأيت إلّا في أخيك فلان، أتاني ومعه خصم فلمّا جلسا إليّ قلت: أللّهم اجعل الحقّ له ووجه القضاء على صاحبه، فلمّا اختصما إليّ كان الحقّ له ورأيت ذلك بيّناً في القضاء فوجّهت القضاء له على صاحبه، فأصابني ما رأيت لموضع هواي وكان مع موافقة الحقّ.

---

(١) تلخيص الحبير: ج ٤ ص ١٩٣ ح ٢١٠٥.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٤.
(٣) الكافي: ج ٧ ص ٤١٠ ح ٢.
(٤) تهذيب الأحكام: ب ٨٧ ج ٦ ص ٢٢٢ ح ٥٢٩.
(٥) أمالي الطوسي: ص ١٢٦ ح ١٩٩.

فإن ادّعى أحد الخصمين سمع منه وإلّا استحبّ له أن يقول لهما: تكلّما أو ليتكلّم المدّعي منكما، ولو أحسّ منهما باحتشامه أمَرَ من يقول ذلك. ويكره أن يخصّص أحدهما بالخطاب فإذا ادّعى طالب الثاني بالجواب فإن أقرّ ثبت الحقّ وإن لم يقل قضيت، وإن أنكر قال للمدّعي: هل لك بيّنة؟ فإن قال: لا، ثمّ جاء ببيّنة فالأقرب سماعها فلعلّه تذكّر.

قوله: ﴿ويكره أن يخصّص أحدهما بالخطاب﴾ ومثل ذلك عبّر في «الدروس[1] والشرائع[2]» وقال في «التحرير[3]»: ولا يواجه بالخطاب أحدهما، ومثله في «المبسوط[4]» وهو ظاهر في الحرمة، وهو الموافق لإيجاب التسوية. وظاهر «الشرائع[5] والتخليص[6]» يعطي أنّه لا ينافي التسوية حيث قال: لانكسار الآخر، فليس في ذلك عندهما رجوع من الحكم ولا استثناء من السابق كما فهمه في «المسالك[7]».

قوله: ﴿فإذا ادّعى ... إلى قوله: قضيت﴾ يريد أنّه لو ادّعى أحدهما ابتداءً أو بعد الأمر طالب الحاكم الخصم بالجواب، أمّا مع سؤال المدّعي لأنّه حقّ له أو بدونها لشهادة الحال بذلك على ما سيأتي من الخلاف، فإن أقرّ ثبت من دون أن يقول الحاكم: قضيتُ. ونبّه بذلك على خلاف جماعة من العامّة[8].

قوله: ﴿فالأقرب سماعها﴾ الوجه فيه أنّه لعلّه تيسّر له إحضارها أو أخبره مخبر بأنّ لك هناك بيّنة أو كانت بيّنته غير صالحة في ذلك الحال للشهادة

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٤.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨١.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٩.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٠.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨١.
(٦) لا يوجد لدينا.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٠.
(٨) كما في روضة الطالبين: ج ٩ ص ٣٢١، والمغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٥١.

فإن تزاحم المدّعون قدّم السابق وروداً، فإن تساووا أُقرع.

لمكان الفسق أو الصغر أو الجنون أو نحو ذلك، وذلك إنّما يجدي إذا جاء بها قبل الإحلاف وإن رضي به لأنّه إنّما رضي به ضرورة.

هذا وإن كنّا لا نذهب إلى أنّ الوضع للصور الذهنية لا يرد علينا شيء، لأنّا أيضاً لا نذهب إلى أنّه إلى الأُمور الخارجية، بل نقول: إنّ الوضع إنّما هو للماهية مطلقاً مع قطع النظر عن الموجودين بالكلّيّة كما حرّر في فنّه. وربّما احتمل عدم السماع[1] لأنّه كذّبها بنفيها أو لأنّه رضي باليمين وسقط حقّه ولأنّ وضع الألفاظ للأُمور الخارجيّة، وهو ممنوع، لما عرفت.

قوله: ﴿قدّم السابق وروداً﴾ كما هو الشأن في غيره من المياه والمعادن ومقاعد الطرقات والأسواق. ويرشد إليه قوله ﷺ: منى مناخ من سبق[2]. ويبقى الكلام في أنّه هل يشترط سبقهما أو يكفي سبق المدّعي أو سبق المنكر؟ احتمالات أعدلها أوسطها.

قوله: ﴿فإن تساووا أُقرع﴾ وكذا الحال لو اشتبه السابق.

وقد حكم المصنّف كما في «الدروس[3]» بأنّ السابق في القرعة إنّما يقدّم في الخصومة الواحدة ولا يزيد وإن اتّحد المدّعى عليه، ومعناه أنّه إذا خرجت القرعة لمدّعٍ حكم بينه وبين خصمه، فإذا حكم بينهما فقال: لي دعوى أُخرى مع هذا الخصم أو مع غيره لم يُسمع منه، بل يقال له: اجلس حتّى لا يبقى أحد من الحاضرين نظرنا في دعواك الأُخرى، لأنّه لو فصل له جميع خصوماته لكان

---

(١) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٤٨.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ج ٥ ص ١٣٩.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٥.

ويقدّم المسافر المستوفز والمرأة.

قد يفضي إلى استغراق المجلس فإذا أُقرع الكلّ فقال الأخير بعد فصل خصومته: لي دعوى أُخرى لم تُسمع منه حتّى تسمع دعوى الأوّل الثانية. وهذا مبنيّ على الخلاف في المسألة بأنّه[1] يكتفى بأسماء المدّعين أو لابدّ من أسماء خصومهم؟ فلو كان لأحدهم خصمان كتبت له رقعتان، والأوّل أقرب كما اختاره المصنّف ﷺ ونقل الصيمري[2] عن ابن البرّاج أنّه قال: إذا كان عددهم قليلاً أقرع، وإن كثروا كتب الحاكم أسماءهم في رقاع وجعلها بين يديه فيأخذ رقعة بعد أُخرى. ثمّ إنّ المصنّف خصّ الحكم بالسابق بالقرعة كما هو ظاهر «الدروس[3]» ومحتمل «التحرير[4]» والشيخ[5] عمّم الحكم بحيث يشمل معلوم السبق.

قوله: ﴿ويقدّم المسافر المستوفز﴾ أي المستعجل وإن تأخّر، قال في «القاموس»: الوفز ـ ويحرّك ـ العجلة واستوفز في قعدته: انتصب فيها غير مطمئنّ[6]. والوجه فيه ظاهر لما هو به من الاضطرار كما أنّ السابق أحقّ لسبقه. وحينئذٍ فيقال: إنّه يشمل المقيم الّذي على جناح سفر وكلّ ذي اضطرار، وعلى هذا فتقدّم المرأة وإن تأخّرت لأنّها أحقّ بسرعة الرجوع إلى بيتها فتأمّل. ثمّ تقديم المسافر إنّما يكون إذا لم يكثر المسافرون لأنّه لو قدّمهم حينئذٍ على الحاضرين أضرّ.

---

(١) في المطبوع وإحدى المخطوطات: إلّا أنّه.
(٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٧.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٥.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٩.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٣.
(٦) القاموس المحيط: ج ٢ ص ١٩٥ مادّة «الوَفْز».

وكذلك المفتي والمدرّس عند التزاحم. ثمّ السابق بقرعة يقنع بخصومة واحدة ولا يزيد وإن اتّحد المدّعى عليه. ولو سبق أحدهما إلى الدعوى فقال الآخر: كنت أنا المدّعي لم يلتفت إليه إلّا بعد إنهاء الحكومة.

ولو بدرا دفعة سمع من الّذي على يمين صاحبه أوّلاً.

قوله: ﴿وكذلك المفتي ... إلخ﴾ أي الشأن فيهما كما هو الشأن في القاضي من تقديم السابق إذا وجب الإفتاء والتدريس وإلّا فالقرعة، والقول بالوجوب في المقام لا يخلو عن تأمّل.

قوله: ﴿ولو بَدَرا دفعة ... إلخ﴾ هذا الحكم ثبت بالإجماع والأخبار، أمّا الإجماع: فمعلوم ومنقول في «الخلاف[1] والانتصار[2]»، وأمّا الأخبار: فما رواه الشيخ في «المبسوط[3] والخلاف[4]» وابن إدريس في «السرائر[5]» حيث قالا: والّذي رواه أصحابنا أنّه يقدّم من يكون على يمين صاحبه، وفي «الخلاف» قال: دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم[6]، وما رواه الصدوق بطريقه إلى محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقدّم صاحب اليمين في المجلس[7].

ويأتي عن السيّد: أنّه لا خلاف في أنّ المراد يمين الخصم دون الحلف. ورواه ابن الجنيد في كتابه نقلاً من كتاب الحسن بن محبوب على ما نقله عنه السيّد المرتضى في «الانتصار[8]» قال فيه: ووجدت ابن الجنيد روى عن ابن محبوب عن محمّد بن مسلم: أنّ أبي جعفر عليه السلام ... وذكر الحديث.

(١ و٤ و٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٤ المسألة ٣٢.
(٢ و٨) الانتصار: ص ٤٩٥.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٤.
(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٥٧.
(٧) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٤ ح ٣٢٤٣.

ويدلّ عليه مارواه الصدوق[1] والشيخ[2] ـ في الصحيح ـ وابن الجنيد عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام: إذا تقدّمت مع الخصم إلى والٍ فكن على يمينه، أي يمين الخصم.

إذ لا فائدة لذلك إلّا تقديم دعواه إذا كانا مدّعيين.

ثمّ إنّ السيّد نقل عن ابن الجنيد في خبر محمّد بن مسلم أنّه قال: يحتمل أن يكون أراد بذلك المدّعي وأنّ اليمين مردودة إليه، قال: قال ابن الجنيد: إلّا أنّ ابن محبوب فسّر ذلك في حديث رواه عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: إذا تقدّمت مع خصم إلى والٍ أو إلى قاضٍ فكن عن يمينه بمعنى يمين الخصم، قال: وهذا تخليط من ابن الجنيد لأنّ التأويلات إنّما تدخل حيث يشكل الأمور ولا خلاف بين القوم أنّه إنّما أراد يمين الخصم دون اليمين الّذي هو القسم، وإذا فرضنا أنّ المسألة في نفسين تبادرا الكلام بين يدي القاضي وتناهياه وأراد كلّ واحد منهما أن يدّعي على صاحبه فهما جميعاً مدّعيان كما أنّهما جميعاً مدّعى عليهما، فتبطل المزيّة والتفرقة الّتي توهّمها ابن الجنيد[3] انتهى.

قلت: يمكن دفع الاعتراض عن ابن الجنيد بنوع من التأمّل. والحاصل أن لامخالف في المسألة أصلاً. نعم الشيخ لمّا استدلّ بالإجماع وأخبارهم ونقل عن العامّة القول بالقرعة والقول بتقديم الحاكم من شاء والقول بتركهما حتّى تصطلحا قال: ولو قلنا بالقرعة كما ذهب إليه الشافعي كان قويّاً، لأنّه مذهبنا في كلّ أمر مجهول[4]، وأنت تعلم أنّه لا جهل بعد الإجماع والأخبار.

(١) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٤ ح ٣٢٤١.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨٨ ج ٦ ص ٢٢٧ ح ٥٤٨.
(٣) الانتصار: ص ٤٩٥ ـ ٤٩٦.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٤ المسألة ٣٢.

ويكره له أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه.

ولا ينبغي أن يحضر ولائم الخصوم، ولا بأس بوليمة غيرهم إذا لم يكن هو المقصود بالدعوة. ويستحبّ له أن يعود المرضى ويشهد الجنائز.

والرشوة حرام على آخذها ويأثم دافعها إن توصّل بها إلى الباطل لا إلى الحقّ، ويجب على المرتشي إعادتها وإن حكم عليه بحقّ أو باطل، ولو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها.

قوله: ﴿ويكره أن يضيف ... إلخ﴾ عبّر في «التحرير[1]» بقوله: ولا يضيف، وهو ظاهر في الحرمة. وفي «المبسوط[2]»: ولا يجوز. ولعلّهما استندا في ذلك إلى ظاهر مارواه الشيخ الكليني عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يضاف الخصم إلّا ومعه خصمه[3]. ولعلّ السرّ فيه أنّه ربّما انكسر قلب الآخر. ولعلّه لضعف السند حكم المصنّف بالكراهة.

قوله: ﴿ولا يحضر ولائم الخصوم﴾ خوفاً من أن يزيد أحدهم في إكرامه فيميل إليه.

قوله: ﴿إذا لم يكن هو المقصود بالدعوة﴾ خوفاً من أن يكون غرض المضيف إمالته إلى نفسه.

قوله: ﴿والرشوة حرام ويأثم دافعها﴾ الرشوة ـ مثلّثة ـ خلاف الجعل كما سلف[4]، وهي ما يعطى للحكم حقّاً وباطلاً ـ كما هو الحقّ ـ فهي حرام على

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٨.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥١.

(٣) الكافي: ج ٧ ص ٤١٣ ح ٤.

(٤) سَلَف في ج ١٢ ص ٣٢٠.

الراشي أيضاً مطلقاً، ولا ينبغي تعريفها بأنّها الّتي يشترط بإزائها الحكم بغير الحقّ أو الامتناع من الحكم بالحقّ كما صنع بعض الأصحاب، لكن هذا التحريم إنّما يكون إذا لم يتوقّف الوصول إلى الحقّ على ذلك، أمّا إذا توقّف بأن تعذّر الوصول إليه من كلّ الوجوه فإنّه يجوز له على ذلك ويكون حراماً على المرتشي، ولكن ليس له أن يأخذ المال بالحكم بل على وجه المقاصّة. وأمّا حرمتها على القاضي فهي من ضروريات المذهب بل الدين، والأخبار به مستفيضة [١].

قال في «المختلف»: ومنع أبو الصلاح من التوصّل بحكم المخالف للحقّ إلى الحقّ، فإن كان أحدهما مخالفاً جاز. قال: وهو في موضع المنع لأنّ للإنسان أن يأخذ حقّه كيف أمكن، وكما جاز الترافع مع المخالف توصّلاً إلى استيفاء الحقّ فليجز مع المؤمن الظالم [٢].

قلت: في كلا القولين نظر، لعموم الروايات الكثيرة الناطقة بعدم الترافع إليهم، نعم إذا لم يمكن الوصول إلى الحقّ بكلّ وجه جاز، ولعلّهما بنيا الحكم على هذا القيد. وأمّا ما عارضه به في «المختلف» فغير ظاهر، إذ المؤمن المدّعى عليه قد لايعرف أنّ الحقّ عليه فلا يكون ظالماً وإن عرف ذلك المدّعي.

وأمّا الهديّة: فقد أطال الناس في بيان حالها، وزبدة ذلك أنّه إذا كان هناك مظنّة تعلّق لها بالحكومة حرمت وإلّا فلا، والحجّة لذلك واضحة تظهر لمن أجاد التأمّل لأنّها تعود بالأخرة إلى الرشوة وناهيك بنصّ الأصحاب وإن تأمّل فيها من تأمّل. والفرق بين الرشوة والجُعل: أنّ الرشوة يطلب فيها الحكم لباذلها على التعيين دون الجُعل.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٦١ ب ٨ من أبواب آداب القاضي.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٠٢.

ولا يجوز أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه ولا أن يهديه لوجوه الحِجاج، لأنّه نصب لسدّ باب المنازعة.

قوله: ﴿ولا يجوز ... إلى قوله الحِجاج﴾ كذا في «الشرائع[١] والدروس[٢]» وقريب من ذلك «الإرشاد[٣]»، وفي «النافع[٤]»: لا يجوز أن يلقّن أحد الخصمين شيئاً يستظهر به على خصمه. وفي «التحرير[٥]» لم يفرّق بين التلقين والهداية. والمراد من العبارات ـ على اختلافها ـ أنّ الواجب على القاضي أن يجهد نفسه في سدّ باب المنازعة ولا يتعرّض لشيء يفتحه، لأنّه منصوب لقطع المنازعات وقد استأمناه على الحكم من غير حيف وميل، فإذا لقّن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر فقد خانه ولم يكن ساوى بينهما وإن لقّن الآخر كذلك ليساوى بهما فقد ألجأهما إلى دوام المنازعة. وهذا مراد الأصحاب، فالحجّة عليه واضحة، فبطل ما في «الكفاية[٦]».

وقد ذكر المصنّف التلقين والهداية وجعل كلاًّ منهما قسماً غير الآخر والفرق بينهما من وجوه:

أحدها: إنّ التلقين تعليم عبارة مخصوصة، والهداية لاتنحصر في عبارة خاصّة.

الثاني: إنّ التلقين لا يكون إلّا في المجلس، والهداية أعمّ من ذلك.

الثالث: إنّ الهداية تكون باللفظ والإشارة، والتلقين لا يكون إلّا لفظاً.

واعلم أنّه يجوز ذلك إذا علم الحاكم بالحال وأراد إحقاق الحقّ ولم يهتد صاحبه لتحرير الدعوى أو وجه الاحتجاج فإنّه فتح منازعة. وقال في «السرائر»:

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٠.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٦.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٠.
(٤) المختصر النافع: ص ٢٧٢.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٢٨ ـ ١٢٩.
(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٢.

ولو قطع المدّعى عليه دعوى المدّعي بدعوى لم تُسمع حتّى ينتهي الحكومة.

وإذا كان الحكم واضحاً لزمه القضاء. ويستحبّ ترغيبهما في الصلح، فإن تعذّر حكم بمقتضى الشرع.

وإن أشكل أُخّر حتّى يظهر ولا حدّ له سواه.

وإن لم يحسن ذلك لم يكن للحاكم أن يلقّنه تحريرها[1].

قوله: ﴿ولو قطع ... إلى قوله: الحكومة﴾ قد يقال[2]: إنّ هذا قد سبق التنبيه عليه وعلى حكمه فلا حاجة إلى إعادته. قلت: هذا فرض آخر وإن اتّحد الحكم لأنّ المدّعى عليه فيما مرّ كان يقول: أنا الّذي أحضرت المدّعي لدعوى لي عليه فسبقني بالدعوى، وهنا ليس كذلك لأنّه يعترف بأنّه هو المدّعي أوّلاً لكنّه عرضت له دعوى عليه فتأمّل.

قوله: ﴿ولكنّه يستحبّ ترغيبهما في الصلح﴾ قال الله عزّ وجلّ: ﴿والصّلح خير﴾[3] ﴿لا خير في كثير من نجواهم إلّا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس﴾[4]. ومنع أبو الصلاح[5] وأبو المكارم بن زهرة[6] أن يتولّاه بنفسه قالا: بل يتولّاه غيره، وخالفهما ابن إدريس على ذلك ويأتي[7] بيانه مفصّلاً.

قوله: ﴿ولا حدّ له سواه﴾ أي لا حدّ للتأخير سوى الظهور، فإن لم يظهر أمرهما بالرجوع إلى قاض آخر أو قال لهما اصطلحا.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧ ـ ١٧٨.
(٢) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٥٣.
(٣) النساء: ١٢٨.
(٤) النساء: ١١٤.
(٥) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧.
(٦) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(٧) سيأتي في ص ٩٠.

ويكره له أن يشفع في إسقاط أو إبطال.

قوله: ﴿ويكره ... إلخ﴾ الظاهر أنّ الإسقاط لا يكون إلّا بعد الإثبات والسؤال وهو أعمّ من أن يكون في البعض أو الكلّ، والإبطال لا يكون إلّا قبل الدعوى فيكون في الكلّ. ومن هنا يظهر الفرق بين الشفاعة الّتي هي الإسقاط والإبطال وبين الصلح، فإنّه ليس من الإسقاط والإبطال في شيء، فإنّهما إبراء وإن كان الصلح قد يتضمّن ما يقرب من الإبراء كالصلح قبل ثبوت الحقّ بإسقاط اليمين أو تجشّم الإثبات، أو تقول: إنّ الصلح بتوسيط ثالث والشفاعة بنفسه. واحتمل في «المسالك[1]» أن يكون الصلح مستثنى وجعله مقتضى كلام الأصحاب وهذا منه مبني على تعميم معنى الشفاعة بحيث تشمله.

ويدلّ على هذا الحكم ما رواه الصدوق بإسناده إلى السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام لا يشفعنّ أحدكم في حدّ... إلى أن قال: ولا يشفع في حقّ امرئ مسلم أو غيره إلّا بإذنه[2]. وقد رواه الشيخ عن عليّ عن أبيه إبراهيم عن النوفلي عن السكوني[3].

وما ورد عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه سأله أُسامة حاجة لبعض من خاصم إليه فقال له: يا أُسامة لا تسألني حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق ليس فيها شفاعة[4].

وهذان الخبران ظاهرهما التحريم مطلقاً وكأنّه لضعف السند حكموا بالكراهة. وظاهر المفيد[5] والشيخ في «النهاية[6]» التحريم، حيث قالا فيما إذا أقرّ

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٥.
(٢) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٩ ح ٣٢٦٠.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٨ ج ١٠ ص ١٢٤ ح ٤٩٨.
(٤) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٥٣٧ ح ١٩٠٥.
(٥) المقنعة: ص ٧٢٤.
(٦) النهاية: ص ٣٤١.

المدّعى عليه بما ادّعي عليه وطلب المحلة ـ أي التكسّب ـ ما نصّه بعبارة واحدة: لم يكن للحاكم أن يشفع إليه فيه ولا يشير بالإنظار ولا غيره لكن يبتّ الحكم فيما بينهما. ومثل ذلك قال أبو يعلى في «المراسم[١]» وعبارته هكذا: لم يكن للقاضي إلزامه ولا سؤاله فيه. وفي «السرائر[٢]» أتى بعين عبارة «النهاية» بأدنى تفاوت حيث قال: وليس للحاكم أن يشفع إليه فيه ولا يشير عليه بالإنظار.

وأمّا ما قلناه في الفرق بين الشفاعة والصلح من أنّ الصلح بتوسيط ثالث فقد صرّح بذلك السيّد حمزة بن زهرة في «الغنية[٣]» وأبو الصلاح في «الكافي» قال في «الغنية» ما نصّه: وإن أصرّ على اليمين عرض عليهما الصلح، فإن أجابا أمر بعض اُمنائه أن يتوسّط ذلك بينهما ولم يجز أن يلي ذلك بنفسه لأنّه منصوب لبتّ الحكم وإلزام الحقّ، ويستعمل الوسيط في الإصلاح ما يحرم على الحاكم فعله، انتهى. ومثلها عبارة «الكافي[٤]» بتفاوت يسير جدّاً.

وقد منع ذلك عليهما أبو عبدالله محمّد بن إدريس في «السرائر» أشد المنع، قال بعد ما نقلنا من عبارته من دون فصل: وله أن يأمرهما بالصلح ويشير بذلك لقوله: ﴿والصلح خير﴾[٥]. وما هو خير فللإنسان أن يفعله بغير خلاف من محصّل. ويشتبه هذا على كثير من المتفقّهة فيظنّ أنّه لا يجوز للحاكم أن يأمر بالصلح ولا يشير به، وهذا خطأ من قائله. ثمّ إنّه استند في ذلك إلى كلام الشيخ حيث قال: ويستحبّ أن يأمرهما بالمصالحة[٦].

قلت: ليس في كلام الشيخ أنّه يفعله بنفسه وأظنّ أنّه تلك الساعة لم يلحظ عبارة شيخه واُستاده والّذي منه أخذ وعليه اعتمد ومنه استجاز في «الغنية» وإلّا

---

(١) المراسم: ص ٢٣١. (٢) السرائر: ج ٢ ص ١٦٠. (٣) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(٤) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧. (٥) النساء: ١٢٨. (٦) السرائر: ج ٢ ص ١٦٠.

ويستحبّ إجلاس الخصمين بين يدي الحاكم. ولو قاما جاز.

الفصل الثالث: في مستند القضاء

الإمام يقضي بعلمه مطلقاً،

لما تكلّم بما تكلّم. والحقّ جواز توليته بنفسه لعموم الآيات وخصوص ما في «الوسائل» عن الحسن بن علي العسكري عليه السلام في تفسيره عن آبائه عن رسول الله صلى الله عليه وآله ـ في حديث طويل ـ أنّه إذا ثبت عنده فسق الشاهدين يدعو الخصم إلى الصلح ولا يزال بهم حتّى يصطلحوا، وفي آخر الخبر قال: أصلح بين الخصم وخصمه[1]، مضافاً إلى إجماع «السرائر» مع موافقة الاعتبار عدم تحقّق المانع فتأمّل.

قوله: ﴿ويستحبّ جاز﴾ لما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي[2] وقول علي عليه السلام فيما تقدّم[3]: لو لا أنّه ذمّي لجلست معه بين يديك، وأصل البراءة وأصل الإباحة مع ضعف السند وعدم وضوح الدلالة على الوجوب شواهد على الاستحباب، ولعلّ السرّ أنّه أقرب للتسوية والخطاب معهما أسهل وأمرهما أوضح.

قوله: ﴿ولو قاما جاز﴾ إلّا أنّه لا يجوز له أن يأمرهما بالقيام، وإن اختار أحدهما القيام مع جلوس الآخر فقد أسقط حقّ نفسه من التسوية.

قوله: ﴿الفصل الثالث: في مستند القضاء﴾.

﴿الإمام يقضي ... إلخ﴾ يحكم بعلمه مطلقاً، أي في حقوق الله ـ جلّ ذكره ـ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٥ ب ٦ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي: ج ١٠ ص ١٣٥.

(٣) تقدّم في ص ٧٨.

وحقوق النّاس. ويدلّ عليه الكتاب والسنّة والإجماع.

أمّا الكتاب: فقوله عزّ اسمه: ﴿فاحكم بين النّاس بالحقّ﴾[1]، ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾[2]. والحكم بالعلم حكم بالحقّ والعدل.

وأمّا السنّة فما رواه الصدوق بإسناده إلى قضايا أميرالمؤمنين عليه السلام لمّا تخاصم رسول الله صلى الله عليه وآله مع الأعرابي في ثمن النّاقة فلمّا لم يصدّق الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وآله قتله أميرالمؤمنين عليه السلام ...[3] والحديث طويل مشهور. ورواه أيضاً في «الأمالي[4]» ومارواه أيضاً[5] عن ابن عبّاس في قضيّة أُخرى عن أميرالمؤمنين عليه السلام وقد رواهما السيّد المرتضى في «الانتصار[6]»، وما رواه الصدوق أيضاً بإسناد طويل في سبب تسمية خزيمة بن ثابت ذا الشهادتين، وحاصله: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله إبتاع فرساً من أعرابي ثمّ أنكر الأعرابي أنّه باعها، وقال رسول الله: من يشهد؟ فأخذ المسلمون يقولون له: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لا يقول إلّا حقّاً، فجاء خزيمة وقال: أشهد أنّك بعتها من رسول الله صلى الله عليه وآله، فقال له رسول الله: أكنت حاضراً؟ قال: لا ولكن بتصديقك، فسمّاه ذا الشهادتين[7]. وما رواه الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ ولا يحتاج إلى بيّنة في نظره لأنّه أمين الله في خلقه[8]، وما ورد عن أميرالمؤمنين عليه السلام في درع طلحة حيث قال لشريح: ويحك! إمام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا[9].

---

(١) ص: ٢٦. (٢) المائدة: ٤٢. (٣) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٥ ح ٣٤٢٨.
(٤) أمالي الصدوق: ص ٩٠ ح ٢. (٥) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٦ ح ٣٤٢٩.
(٦) الانتصار: ص ٤٤٨ ـ ٤٩١. (٧) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٨ ح ٣٤٣٠.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٤٤ ب ٣٢ من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٤ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٦.

وأمّا الإجماع: فمعلوم ومنقول في «الانتصار[1] والخلاف[2] والغنية[3] والسرائر[4] والإيضاح[5]» ولوجوب تصديقه في كلّ ما يقول وكفر مكذّبه، مضافاً إلى ما سيأتي من الأدلة في غيره من القضاة.

ونقل في «المسالك» عن ابن الجنيد في كتابه الأحمدي: أنّ الحاكم يحكم فيما كان من حدود الله عزّ وجلّ بعلمه، ولا يحكم فيما كان من حقوق الناس[6]. ونقل عنه الأصحاب[7] أنّ الحاكم لا يحكم بعلمه في شيء من الحقوق والحدود.

ويظهر من المرتضى[8] أنّ أبا عليّ لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقاً سواء في ذلك الإمام وغيره، وأنّه استدلّ على ذلك بأنّ الله تعالى أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقاً أبطلها فيما بينهم وبين الكفّار والمرتدّين كالمواريث والمناكحة وأكل الذبائح ووجدنا الله قد أطلع رسولهﷺ على من كان يُبطن الكفر ويُظهر الإسلام وكانﷺ يعلمه ولم يبيّن حاله بجميع المؤمنين فتمتّعوا من مناكحتهم وأكل ذبائحهم. ودفعه بمنع أنّ الله قد أطلعه عليهم بأعيانهم. قال: فإن استدلّ على ذلك بقوله: ﴿ولو نشآء لأريناكهم فلعرفتهم بسيماهم ولتعرفنّهم في لحن القول﴾[9]، فهذا لا يدلّ على وقوع التّعريف وإنّما يدلّ على القدرة عليه، ومعنى قوله: ولتعرفنّهم في لحن القول، أي ليستقرّ ظنّك أو وهمك من دون ظنّ ولا يقين. قال: ثمّ لو سلّمنا على غاية مقترحة أنّهﷺ اطّلع على البواطن لم يلزم ما ذكره، لأنّه غير ممتنع أن

(١) الانتصار: ص ٤٩١.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٤ المسألة ٤١.
(٣) غنية النزوع: ص ٤٣٧.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٧٩.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٢.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٤.
(٧) منهم السيّد المرتضى في الانتصار: ص ٤٨٨، والعلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٨٤، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٣.
(٨) الانتصار: ص ٤٩٣ ـ ٤٩٤.
(٩) محمّد: ٣٠.

وغيره يقضي به في حقوق الناس، وكذا في حقّه ـ تعالى ـ على الأصحّ.

يكون تحريم المناكحة والموارثة وأكل الذبائح إنّما يختصّ بمن أظهر كفره وردّته دون من أبطنها و أن تكون المصلحة الّتي يتعلّق بها التّحريم والتحليل اقتضت ما ذكرناه، فلا يجب على النّبيّ ﷺ أن يبيّن أحوال من أبطن الردّة والكفر لأجل هذه الأحكام الّتي ذكرها لأنّها لا تتعلّق بالمبطن إنّما تتعلّق بالمظهر، وليس كذلك الزّنا وشرب الخمر والسرقة، لأنّ الحدّ في هذه الأمور يتعلّق بالمبطن والمظهر على سواء.

قوله: ﴿وغيره ... إلى قوله: على الأصحّ﴾ يريد أنّ غير الإمام يقضي بعلمه كالإمام كما في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والانتصار[3] والكافي[4] والغنية[5] والسرائر[6] والشرائع[7] والتحرير[8] والإيضاح[9] والدروس[10] واللمعة[11] والمسالك[12] والروضة[13] والمقتصر[14] وغاية المرام[15] وتعليق الشرائع[16] والكفاية[17]» وقد نقله ولد المصنّف[18] عن جدّه.

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٢ المسألة ٤١.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٦.
(٣) الانتصار: ص ٤٨٦.
(٤) الكافي في الفقه: ص ٤٤٥.
(٥) غنية النزوع: ص ٤٣٦.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٧٩.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٥.
(٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٠.
(٩ و١٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٢.
(١٠) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٧.
(١١) اللمعة الدمشقية: ص ٩٥.
(١٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٣.
(١٣) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٣.
(١٤) المقتصر: ص ٣٧٥.
(١٥) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٢.
(١٦) حياة المحقّق الكركي وآثاره (حاشية شرائع الإسلام ج ١١): ص ٤٥٤.
(١٧) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٧٢.

وخالف في «النهاية» في كتاب الحدود و«الكشف والوسيلة» فذهبوا إلى أنّ غير الإمام إنّما يحكم بعلمه في حقوق الله[١] فقط. وهو المنقول عن «الأحمدي[٢]» ومن العجيب! أنّ ولد المصنّف[٣] وأبا العبّاس[٤] والصيمري[٥] والخراساني[٦] نسبوا هذا القول لابن إدريس، وعبارته في «السرائر» تنادي بالمذهب الأوّل، قال ما نصّه: عندنا للحاكم أن يقضي بعلمه في جميع الأشياء، ثمّ أخذ يستدلّ بما سننقله عنه[٧]. وذهب ابن الجنيد على ما نقل كما عرفت أنّه لا يجوز له أن يحكم بعلمه مطلقاً. ونقله في «المبسوط[٨]» عن قوم.

لنا على الأوّل إجماع «الانتصار[٩] والخلاف[١٠] والغنية[١١] والسرائر[١٢]» وقد ذكروا له أدلّة جمعها السيّد جميعاً وزاد عليهم في ذلك ونحن ننقل كلامه.

قال: فإن قيل: كيف تستجيزون الإجماع من الإماميّة في هذه المسألة وأبو علي ابن الجنيد يصرّح بالخلاف ويذهب إلى أنّه لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء من الحقوق ولا الحدود؟ قلنا: لا خلاف بين الإماميّة في هذه المسألة وقد تقدّم إجماعهم وابن الجنيد تأخّر عنه، وإنّما عوّل ابن الجنيد على ضرب من الرأي والاجتهاد وخطاؤه ظاهر، وكيف يخفى إطباق الإماميّة على وجوب الحكم بالعلم وهم ينكرون توقّف أبي بكر عن الحكم لفاطمة عليها السلام بفدك لمّا

---

(١) كذا في المطبوعة والمخطوطات، لكن الموجود في الكُتُب الثلاثة: أنّ غير الإمام يحكم بعلمه في حقوق الناس، راجع النهاية: ص ٦٩٢، وكشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٦، والوسيلة: ص ٢١٨.

(٢) نقله عنه الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٤.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٣.

(٤) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٦٢.

(٥) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٢.

(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٧٢.

(٧ و١٢) السرائر: ج ٢ ص ١٧٩.

(٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٦.

(٩) الانتصار: ص ٤٨٦.

(١٠) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٤ المسألة ٤١.

(١١) غنية النزوع: ص ٤٣٦.

ادّعت أنّه نحلها أبوها ﷺ؟ ويقولون: إذا كان عالماً بعصمتها وطهارتها وأنّها لاتدّعي إلّا حقّاً فلا وجه لمطالبتها بإقامة البيّنة، لأنّ البيّنة لا وجه لها مع العلم بالصدق فكيف خفي على ابن الجنيد هذا الّذي لا يخفى على أحد؟

ثمّ إنّه ذكر الأخبار المتضمّنة لما ذكرنا من فعل عليّ عليه السلام بخصم النبي ﷺ [١] وقوله لشريح [٢] وخبر ذي الشهادتين [٣]، ثمّ قال: فمن يروي هذه الأخبار مستحسناً لها معوّلاً عليها كيف يجوز أن يشكّ في أنّه كان يذهب إلى أنّ الحاكم يحكم بعلمه لو لا قلّة تأمّل ابن الجنيد؟

ثمّ استدلّ بإطلاق آيتي السرقة [٤] والزنا [٥] قال: فمن علمه الإمام سارقاً أو زانياً قبل القضاء أو بعده فواجب عليه أن يقضي فيه بما أوجبته الآية الشريفة من إقامة الحدّ ثمّ قال: وإذا ثبت ذلك في الحدود فهو ثابت في الأموال ولم يجزه أحد من الاُمّة في الحدود دون الأموال. ثمّ اعترض في الآيتين باحتمال الاختصاص بالإقرار أو الثبوت بالبيّنة، وأجاب بأنّ حقيقة الزاني من فعل الزنا والسارق من فعل السرقة لا من أقرّ أو شهد عليه وإن جاز أن لا يكون فعلهما. وأيضاً فالإقرار والبيّنة إنّما اعتبرا لكشفهما عن الأمر بالظنّ الغالب فالعلم اليقيني أولى. وأيضاً لو لم يجز الحكم بالعلم لوقف الحكم أو فسق الحاكم في نحو ما طلّق بحضرته ثلاثاً ثمّ جحد الطلاق فإنّ القول قوله مع اليمين، فإن استحلفه وسلّمها إليه فسق وإلّا وقف الحكم. وكذا لو أعتق الرجل بحضرته ثمّ جحد فإمّا أن يسلّم العبد إليه فيفسق أو يقف الحكم.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٠٠ ب ١٨ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٤ ب ١٤ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٦.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٠١ ب ١٨ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٣.
(٤) المائدة: ٣٨.
(٥) النور: ٢.

وقال: ورأيته يفرّق بين علم النبيّ ﷺ وبين علم خلفائه وحكّامه، وهذا غلط منه، لأنّ النبيّ ﷺ والإمام إذا شاهدا رجلاً يزني أو يسرق فهما عالمان بذلك علماً صحيحاً فكذلك من علم مثل ما علماه من خلفائهما والتساوي في ذلك موجود[1] انتهى ما أردنا نقله من كلام السيّد.

قلت: ويمكن أن يستدلّ على الأوّل أيضاً بأنّه إذا وجب على أحد المتخاصمين إيفاء الحقّ لصاحبه وعلم الحاكم ذلك لزمه الإجبار على ذلك من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، لكن يشكل الحكم فيما لو جهل المدّعى عليه بالحقّ، والاستناد إلى أنّ الإقرار والبيّنة إنّما اعتبرا لكشفهما عن الأمر بالظنّ الغالب فالعلم اليقيني أولى فيه تأمّل فتأمّل.

احتجّ المفصلّون بابتناء حقوق الله على المسامحة والرخصة والستر فلا يناسبها الحكم بالعلم. وفيه نظر، لأنّ المناسب المسامحة قبل العلم لا بعده.

احتجّ المانع مطلقاً بوجوه:

منها: قوله ﷺ: في قضيّة الملاعنة: لو كنت راجماً من غير بيّنة لرجمتها[2].

ومنها: قوله ﷺ: لو أُعطي الناس بدعاويهم لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر[3].

ومنها: أنّ الشيخ في «المبسوط» قال: وقد روي إنّه ليس له أن يحكم بعلمه لما فيه من التهمة[4].

وأنت تعلم أنّ الخبرين الأوّلين مع تسليم سندهما ليسا من الدلالة في شيء فإنّ العلم أقوى البيّنات والإعطاء به ليس من الإعطاء بالدعوى مع وجوب تقييد

(١) الانتصار: ص ٤٨٨ ـ ٤٩٤.
(٢) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٥١٨ ح ١٤.
(٣) السنن الكبرى للبيهقي: ج ١٠ ص ٢٥٢.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٦.

ولا يشترط في حكمه حضور شاهدين يشهدان الحكم لكن يستحبّ.

المطلق بالدليل. ويمكن أن يكونﷺ تفرّس من الملاعنة الكذب من غير أن يكون شاهدها تزني. وأمّا الأخير فمع عدم المعرفة بالسند مضافاً إلى أنّه لعلّه أراد بذلك هذين الخبرين أنّ التهمة ربّما تجري مع البيّنة، خصوصاً وقد قال في «المبسوط[1] والانتصار[2]»: إنّه لا خلاف في الحكم بالعلم في الجرح والتعديل. وربّما استندوا إلى أنّ في ذلك تزكية لنفسه والتزكية لازمة بتولّي القضاء، والجرح والتعديل بالعلم.

ثمّ اعلم أنّ المانع من القضاء بالعلم استثنى صُور: تزكية الشهود وجرحهم ـ كما أشرنا إليه ـ والإقرار في مجلس القضاء وإن [لم] يسمعه غيره. وقيل[3]: يستثني إقرار الخصم مطلقاً.

ومنها: العلم بخطاء الشهود يقيناً أو كذبهم.

ومنها: تعزير من ساء أدبه في مجلسه وإن لم يعلم غيره.

ومنها: أن يشهد معه آخر فإنّه لا يقصر عن شاهد.

قوله: ﴿ولا يشترط في حكمه حضور شاهد يشهد الحكم﴾ يريد أنّه لا يشترط في حكمه بعلمه حضور شاهد يحضر الحكم كما أنّه لا يشترط في ذلك أن يعلمه في موضع ولايته وبعد توليته من دون خلاف عندنا ممّن قال بجواز الحكم بالعلم. وذهب الأوزاعي إلى أنّه يشهد معه رجل آخر في القذف حتّى

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٦.
(٢) الانتصار: ص ٤٩٢ ـ ٤٩٣.
(٣) كما في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٦.

ولو لم يعلم افتقر إلى الحجّة، فإن علم فسق الشاهدين أو كذبهما لم يحكم.

وإن علم عدالتهما استغنى عن المزكّي وحكم، وإن جهل الأمر بحث عنهما، ولا يكفي في الحكم معرفة إسلامهما مع جهل العدالة

يحدّ[1]، وقال ليث: لا يحكم في حقوق النّاس حتّى يشهد معه آخر[2]. وقال ابن أبي ليلى: من أقرّ عند القاضي بدين في مجلس الحكم فالقاضي لا ينفذ ذلك حتى يشهد معه آخر[3]. وللحسن بن يحيى مذهب طويل[4] مشتمل على التفصيل.

وأمّا استحبابه فدفعاً للتهمة.

قوله: ﴿وإن علم عدالتهما ... إلخ﴾ قد علمتَ ما قال في «المبسوط[5] والإرشاد[6]» أنّه لا خلاف في قضائه بعلمه في الجرح والتعديل وأنّه لو لم يكتف بالعلم لانسدّ باب الإثبات غالباً للزوم الدور أو التسلسل.

قوله: ﴿ولا يكفي في الحكم ... إلى قوله: العدالة﴾ على المشهور كما هو الشأن في الراوي، إلّا أنّي وجدت مولانا آقا محمّدباقر ـ جعلني الله فداه ـ يقول: إنّه نسب قبول خبر المجهول إلى كثير من الأصحاب، فيكون[7] عدم القبول في الراوي أشهر من القبول فيه؟

والحجّة على ما ذكر المصنّف ﷺ قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم﴾[8] فما لم يتحقّق الشرط لم يجز الحكم. وصحيح ابن أبي يعفور[9] ـ الطويل جدّاً ـ

(١ و ٢) المحلى لابن حزم: ج ٩ ص ٤٢٧.

(٣ و ٤) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٥٩.

(٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٦.

(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤١.

(٧) في نسخة: فكيف يكون.

(٨) الطلاق: ٢.

(٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ١.

وخبر عبدالكريم عن الباقرعليه السلام: تقبل شهادة المرأة والنسوة إذا كنّ مستورات من أهل البيوتات معروفات بالسّتر والعفاف مطيعات للأزواج تاركات للبذاء والتبرّج إلى الرجال في أنديتهم [١]. وما رواه في «الوسائل [٢]» عن مولانا الحسن بن علي العسكري عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا جاءه المدّعي بشهود لا يعرفهم بخير ولا شر سألهما عن قبائلهما وأسواقهما ومنازلهما ثمّ كتب أسماءهما ودفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار وإلى آخر كذلك من حيث لا يشعر أحدهما بالآخر ويقول لكلّ واحد منهما: امض واسئل، فإن أتيا بخير وذكرا فضلاً حكم، وإن رجعا بخبر سيّيء وثناء قبيح دعا الخصوم إلى الصلح، وإن كان الشهود من أخلاط الناس غرباء لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار أقبل على المدّعى عليه، فإن رضي بهما وإلّا أصلح. إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة كصحيحة صفّار [٣] وحسنة عبدالله بن المغيرة [٤] وصحيحة عمّار بن مروان [٥] ورواية أبي بصير [٦] وحسنة عبد الرحمن بن الحجاج [٧] إلى غير ذلك ممّا تجاوز حدّ الكثرة.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ الأصل الفسق، إمّا لوقوعه بترك الامتثال ولو في البعض فيكون الأصل عدم الإمتثال، والعدالة إنّما تثبت بامتثال الكلّ فتكون حادثة والأصل في كلّ حادث العدم، أو الفسق هو الراجح لغلبته أو لكونه أخف مؤنة لتحقّقه بترك الواجب أو مخالفة المروّة، والعدالة إنّما تتحقّق بفعل الجميع، مع أنّ

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٤ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٢٠.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٤ ب ٦ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٧ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١٨.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٠ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٥.
(٥ و٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩١ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ٩ و١٠.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٤ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٦.

مقتضى العدالة التزام تكاليف الشرع وليست ممّا جبل الإنسان عليها، ومقتضى الفسق القوة الشهوية والغضبية وهما غريزتان فيه، والمظنون الراجح وقوع الصفة الغريزية.

وذهب الشيخ في «الخلاف[1]» وهو ظاهر المفيد في كتاب «الإشراف[2]» وأبوعليّ الكاتب على ما نقل عنهما[3] إلى أنّ الأصل عدم الفسق، لأنّ الإسلام ملكة رادعة لصاحبه عنه. وهو الوجه في حمل أفعال المسلمين على الصحّة.

ويدلّ عليه حسن البزنطي[4] عن أبي الحسن عليه السلام: من ولد على الفطرة أُجيزت شهادته بعد أن تعرف منه خيراً وسيأتي تفصيل الكلام فيه إن شاء الله[5] عند قول المصنّف: ولا يكفي في التعديل قوله: «لا نعلم منه إلّا خيراً» سلّمنا ولكنّ كثرة وقوعه من المسلمين ممّا أضعف الأصل وغلبة الأهواء أضعفت الردع، وبيان الحال في المقام يُطلب في فنّه، ولو أردنا استيفاء الكلام لاحتجنا إلى التطويل الكثير من بيان معنى العدالة وما يتعلّق بذلك من تنزيل كلام المتقدّمين (والأخبار خ) على الملكة أو حسن الظاهر؟

وقد خالف الشيخ في «الخلاف[6]» وشيخه المفيد في كتاب الإشراف وابن الجنيد على ما نقل عنهما[7]. وهو ظاهر «المسالك[8]» فذهبوا إلى أنّه يكفي في الشاهدين معرفة إسلامهما إلّا مع جرح المحكوم عليه فيهما. واستدلّ في

(١ و٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٨ و٢١٧ المسألة ١٠.
(٢) الإشراف (مصنّفات الشيخ المفيد ج ٩): ص ٢٥.
(٣) نقله عنهما الطباطبائي في رياض المسائل: ج ١٣ ص ٦١.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٥ ب ٤١ من أبواب الشهادات ذيل ح ٢١.
(٥) يأتي في ص ١٢١.
(٧) نقله عنهما الطباطبائي في رياض المسائل: ج ١٣ ص ٦١.
(٨) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٠٣.

«الخلاف[١]» بإجماع الفرقة وأخبارهم. ونقله في «المبسوط[٢]» عن قوم وجعل مختار المشهور أحوط. قال في «الخلاف» بعد أن استدلّ بالإجماع: وأيضاً الأصل في الإسلام العدالة والفسق طارٍ عليه يحتاج إلى دليل. وأيضاً نحن نعلم أنّه ما كان البحث في أيّام النبيّ ﷺ ولا أيّام التابعين وإنّما هو شيء أحدثه شريك بن عبدالله القاضي، فلو كان شرطاً ما أجمع أهل العصر على تركه[٣] انتهى. والإجماع ممنوع بل قد يدّعى الإجماع على خلافه. وأمّا أيّام النبيّ ﷺ فقد علمت ما نقله الإمام العسكري من سيرة النبيّ ﷺ[٤].

قال بعد ذلك بأربعة مسائل: مسألة إذا حضر الغرباء في بلد عند حاكم فشهد عنده اثنان فإن عرفا بعدالة حكم، وإن عرفا بفسق وقف، وإن لم يعرف عدالة ولافسقاً بحث عنهما، سواء كان لهما السيماء الحسنة والمنظر الجميل أو ظاهرهما الصدق[٥] بشهادة قوله تعالى: ﴿ممّن ترضون من الشّهداء﴾[٦]. قال: وهذا ما رضي بهما[٧]. وظاهره أنّ بين الكلامين منافاة، ولعلّه بنى ذلك على ما اعتمده في «الإستبصار[٨]» من الجمع بين الأخبار (أعني خبر ابن أبي يعفور ومرسل يونس كما يأتي خ) حيث ذكر هناك وجهين: أحدهما: أنّه لا يجب على الحاكم التفتيش عن بواطن الناس وإنّما يجوز له أن يقبل شهادتهم إذا كانوا على ظاهر الإسلام والأمانة وأن لا يعرفهم بما يقدح فيهم ويوجب تفسيقهم. فمتى تكلّف التفتيش عن أحوالهم يحتاج إلى أن يعلم أنّ جميع الصفات المذكورة في الخبر الأوّل منتفية عنهم، لأنّ جميعها يوجب التفسيق والتضليل ويقدح في قبول الشهادة. والثاني: أن

(١ و ٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٨ المسألة ١٠. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٤ ـ ١٠٥.

(٤) تقدّم في ص ١٠٠.

(٥) كذا في النسخ، وفي المصدر: وظاهر الصدق. والمراد معلوم. (٦) البقرة: ٢٨٢.

(٧) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢١ المسألة ١٥. (٨) الاستبصار: ج ٣ ص ١٣ ذيل ح ٣٥.

يكون المقصود بالصفات المذكورة في خبر ابن أبي يعفور[١] الإخبار عن كونها قادحة في الشهادة وإن لم يلزم التفتيش عنها والمسألة والبحث عن حصولها وانتفائها، وتكون الفائدة في ذكرها أنّه ينبغي قبول شهادة من كان ظاهره الإسلام ولا يعرف فيه شيء من هذه الأشياء، فإنّه متى عرف فيه أحد هذه الأوصاف المذكورة فإنّه يقدح ذلك في شهادته ويمنع من قبولها، إنتهى.

ثمّ إنّ الظاهر أنّ مراد الشيخ من الإسلام الإيمان بالمعنى الأخصّ فإنّه يبعد أن يقول بقبول مطلق المسلم في الشهادة وإن قال به في الرواية. وكيف يستدلّ بسيرة الصحابة والتابعين القائلين بقبول كلّ المسلمين ما عدا المؤمنين كما روى في «التهذيب[٢]»: أنّ أبا يوسف ردّ شهادة ابن أبي يعفور وقال: لأنّك رافضي، فبكى! وقال: نسبتني إلى قوم أخاف أن لا أكون منهم.

قالوا: ممّا يؤيدّ الاكتفاء بالإسلام عموم قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾[٣] وما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنّه قال لشريح: واعلم أنّ المسلمين عدول بعضهم على بعض إلّا مجلوداً في حدّ لم يتب منه أو معروفاً بشهادة الزور أو ظنيناً[٤]، ومرسل يونس عن الصادق عليه السلام: فإن كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل عن باطنه[٥]، وما رواه حريز (عن الصادق خ) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم إثنان ولم يعدل الآخران فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليسوا يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً وأُقيم الحدّ على الّذي شهدوا عليه وإنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا، وعلى الوالي أن يجيز

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ١.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩١ ج ٦ ص ٢٧٨ ح ٧٦٣.
(٣) البقرة: ٢٨٢.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٥ ب ٤١ من أبواب الشهادات ذيل ح ٢٣.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٠ ب ٤١ من أبواب الشهادات ذيل ح ٣.

وتوقف حتّى تظهر العدالة فيحكم أو الفسق فيطرح.

ولو حكم بالظاهر ثمّ تبيّن فسقهما وقت الحكم نَقَضه. ولا يجوز أن يعوّل على حسن الظاهر.

شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق[1].

قلت: إنّ عموم الآية وإطلاقها يُحمل على إرادة القيد وإنّ الخبرين الأوّلين لضعيفان مع احتمالهما التقيّة، واحتمال الأوّل أن يكون المراد الاكتفاء بالظاهر بعد البحث فإنّه لا يكشف إلّا عن حسن الظاهر كما صرّح به الأُستاد في «الفوائد الرّجالية[2]» حيث قال في الراوي: الإنصاف أنّه لا يثبت من قول المعدّلين أزيد من حسن الظاهر بل ادّعى في «حاشيته على المعالم[3]» الإجماع على أنّ المراد بالعدالة حسن الظاهر لا غير في كلّ موضع اشترط فيه العدالة. واحتمال الثاني[4] عموم الظنين[5] لكلّ مجهول الحال. وأمّا الثالث ـ وهو العمدة في الاستدلال ـ فإنّه وإن كان ظاهره الصحّة، لكنّه يحتمل أن يكون محمولاً على التقيّة أو أن يكون انضمام شهادة عدلين ممّا ينوب مناب البحث عن حال الباقين. وتمام البحث في علم الأُصول.

قوله: ﴿ولو حكم بالظاهر ... إلخ﴾ أي لو حكم بالظاهر بعد البحث والفحص أو قبله ثمّ تبيّن فسقهما حين القضاء نقضه. وهذا الحكم محلّ وفاق بين أصحابنا كما في «الخلاف[6]» لظهور فساد الحكم بفساد منشئه (مبناه خ).

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٣ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ١٨.

(٢) الفوائد الرجالية: ص ١٢.

(٣) لا يوجد لدينا.

(٤) يعني الخبر الثاني، عطف على قوله: واحتمال الأوّل، أي الخبر الأوّل.

(٥) كذا، والأنسب: الظِنّة.

(٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٨ المسألة ٣٥.

ولو أقرّ الغريم عنده سرّاً حكم بعلمه كما لو أقرّ في مجلس القضاء.

ولا يجوز له أن يعتمد على خطّه إذا لم يتذكّر وكذا الشاهد وإن شهد معه آخر ثقة لإمكان التزوير عليه.

والمخالف إنّما هو أبو حنيفة[1] والشافعي[2] في أحد قوليه.

ولو تجدّد الفسق بعد الحكم لم يقدح.

وقال في «الخلاف»: إذا شهد عدلان عند الحاكم بحقّ ثمّ فسقا قبل أن يحكم بشهادتهما حكم ولم ينقضه ولم يردّه. واستدلّ بأنّ العدالة إنّما تعتبر وقت الأداء لاوقت الحكم. قال: وبه قال أبو ثور والمازني. وقال باقي الفقهاء: لا يحكم بشهادتهما[3]. والفرق بين المسألتين ظاهر لا يخفى.

قوله: ﴿ولو أقرّ سرّاً ... إلخ﴾ اختلف فيه فقيل[4]: يبنى على القولين في القضاء بالعلم. وقيل: إنّ الخلاف إنّما هو إذا علم الواقعة لا بإقرار الخصم، أمّا مع إقراره فلا خلاف في أنّه يحكم به[5].

قوله: ﴿ولا يجوز ... إلى قوله: ثقة﴾ لمّا كان الحكم شهادة وزيادة كان حال الحاكم حال الشاهد في عدم جواز الاعتماد على خطّه كما هو خيرة «الاستبصار[6] وكافي[7]» أبي الصلاح و «الغنية[8] والسرائر[9] والشرائع[10] والنافع[11]

---

(١) شرح فتح القدير: ج٦ص٥٢٣.
(٢) الأمّ: ج٧ص٥٤، مغني المحتاج: ج٤ص٤٣٨.
(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٣٢٠ المسألة ٧٣.
(٤ و٥) كما في إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٤.
(٦) الاستبصار: ج ٣ ص ٢٢ ذيل ح ٦٨.
(٧) الكافي في الفقه: ص ٤٣٦.
(٨) غنية النزوع: ص ٤٤٢.
(٩) السرائر: ج ٢ ص ١٣١.
(١٠) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٣٢.
(١١) المختصر النافع: ص ٢٨١.

والتحرير[١] وكشف الرموز[٢] والمهذّب البارع[٣] والدروس[٤] واللمعة[٥] والروضة[٦]» وغيرها[٧]. للأصل والإجماع كما في «السرائر[٨]» وظاهر «الغنية[٩]» بل ظاهر «السرائر[١٠] والغنية[١١]» دعوى الإجماع في القاضي أيضاً، والأخبار المستفيضة، فمنها: مادلّ على عدم جوازه إلّا بعلم كما رواه ثقة الإسلام عن علي بن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا تشهدنّ بشهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفّك[١٢]. وقد رواه الصدوق[١٣] بإسناده عن علي بن غراب الثقة وكذلك الشيخ[١٤] عن علي عن أبي عبدالله عليه السلام، وما رواه الصدوق مرسلاً: لا تكون الشهادة إلّا بعلم[١٥]، ورواه الكليني والشيخ مسنداً كما يأتي[١٦]، وما رواه المحقّق واليوسفي في «الشرائع[١٧] وكشف الرموز[١٨]» عن النبيّ صلى الله عليه وآله وقد سئل عن الشهادة قال: هل ترى الشمس على مثلها فاشهد أو دع. ومنها: مادلّ على الحكم بخصوصه كما رواه الحسين بن سعيد قال: كتب إليه جعفر بن عيسى هذا أخو أحمد بن عيسى والمكتوب إليه الرضا عليه السلام جعلت فداك جاءني جيران لنا بكتاب زعموا أنّهم أشهدوني على ما فيه وفي الكتاب اسمي بخطّي قد عرفته، ولست أذكر الشهادة وقد دعوني إليها فأشهد لهم على معرفتي أنّ اسمي في الكتاب ولست أذكر الشهادة أو لا تجب الشهادة عليّ حتى أذكرها كان اسمي في الكتاب أو لم يكن؟

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٦٥.
(٢ و١٨) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٢٩.
(٣) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٥٦٣.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٨.
(٥) اللمعة الدمشقية: ص ١٠١.
(٦) الروضة البهية: ج ٣ ص ١٣٩.
(٧) ككشف اللثام: ج ١٠ ص ٦٤.
(٨ و١٠) السرائر: ج ٢ ص ١٣١ و١٥٣.
(٩ و١١) غنية النزوع: ص ٤٤٢ و٤٣٦.
(١٢) الكافي: ج ٧ ص ٣٨٣ ح ٣.
(١٣ و١٥) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧١ و٧٣ ذيل ح ٣٣٦١.
(١٤) تهذيب الأحكام: ب ٩١ ج ٦ ص ٢٥٩ ح ٦٨٢.
(١٦) سيأتي في ص ١١٥.
(١٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٣٢.

فكتب: لاتشهد[١]. وقريب منه رواية السكوني[٢].

هذا كلّه مضافاً إلى ما ورد في الكتاب المجيد من قوله جلّ ذكره: ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾[٣] ونحوه[٤] ممّادل على النّهي عن إتّباع الظنّ إن لم نخصّها بالأُصول.

وذهب الشيخ في «النهاية[٥]» والمفيد[٦] والقاضي[٧] وأبو يعلى[٨] وأبو علي ـ على ما نُقل عنه[٩] ـ إلى الاكتفاء بخطّه مع شهادة ثقة. وذهب علي وابنه محمّد الصدوقان[١٠] إلى ذلك كذلك مع ثقة المدّعي.

احتجّوا جميعاً بصحيح عمر بن يزيد قال، قلت للصادق عليه السلام: الرجل يشهدني الشهادة فأعرف خطّي وخاتمي ولا أذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً؟ فقال: إذا كان صاحبك ثقة ومعك رجل ثقة فاشهد له[١١]. وربّما أيّده خبر الأحمسي: إنّ القلب يتكّل على الكتابة[١٢]، وما ورد بالأمر بالكتابة والاحتفاظ بها وأنّه قد يحتاج إليها كخبر أبي بصير[١٣] وعبيد بن زرارة[١٤] ونحوه.

قال الشيخ بعد ذكر صحيح عمر بن يزيد وأنّه ضعيف مخالف للأُصول: إنّ الوجه فيه أنّه إذا كان الشاهد الآخر يشهد وهو ثقة مأمون جاز له الشهادة إذا غلب على ظنّه صحّة خطّه لانضمام شهادته إليه وإن كان الأحوط ما تضمّنه الأخبار

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٣٥ ب ٨ من أبواب الشهادة ح ٢ و ٤.

(٣) الإسراء: ٣٦. (٤) يونس: ٣٦. (٥) النهاية: ص ٣٢٩.

(٦) المقنعة: ص ٧٢٨. (٧) المهذّب: ج ٢ ص ٥٦١. (٨) المراسم: ص ٢٣٤.

(٩) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥١٧.

(١٠) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧٢ ح ٣٣٦٤.

(١١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٣٤ ب ٨ من أبواب الشهادات ح ١.

(١٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٣٥ ب ٨ من أبواب الشهادات ح ٥.

(١٣ و ١٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٣٦ ب ٨ من أبواب الشهادات ح ٦ و ٧.

ولو كان الخطّ محفوظاً وأمن التحريف تسلّط على رواية الحديث دون الشهادة والحكم.

الأوّلة[١]. وفي رميه بالضعف ضعف.

قال في المختلف: والمعتمد ما قاله الشيخ في «الاستبصار» ويحمل قول علمائنا المشهور بينهم وهذه الرواية على ما حصل من القرائن الحاليّة أو المقاليّة للشاهد ما استفاد به العلم فحينئذٍ يشهد مستنداً إلى العلم الحاصل له لا باعتبار وقوعه[٢] على خطّه ومعرفته[٣].

قلت: لا بأس بالتعويل على الخبر الصريح الصحيح موافقة لمشهور قدماء الأصحاب وحمل رواية الحسين بن سعيد مع ما فيها من الوهن بالكتابة ونحوها على عدم أمن التزوير وبقاء احتماله كما يرشد إليه قوله: زعموا، وأمّا بقيّة الأخبار فليست منافية عند صدق التأمّل فتأمّل.

وأمّا الإجماع المنقول: فأوّل ممنوع لمكان النزاع من أجلّاء قدماء الأصحاب، فيكون حال الشاهد حال الراوي فالقاضي كذلك، ولأنّه قد لا يتذكّر فيفوت حقّ الخصم.

ثمّ إنّه يمكن أن يقال: إنّا نمنع أنّ المناط هنا منقّح، لاعتبار العلم في الشهادة وعدمه في الحكم، وإلّا لما جاز للمصنّف فيما يأتي أن يجوز للقاضي إذا شهد عنده شاهدان أنّه حكم ولم يتذكّر، مع أنّه لو شهد الشاهدان لشاهد أنّه شهد بكذا ولم يتذكّر لم يجز له أن يشهد، إلّا أنّ الأوّل أحوط وأوفق بالأصول وظواهر الأخبار مع ما علمت من الإجماعات فتأمّل.

قوله: ﴿تسلّط على رواية الحديث﴾ للنصّ وقد تقدّم والإجماع ولئلّا

---

(١) الاستبصار: ج ٣ ص ٢٢ ذيل ح ٦٨.

(٢) في المصدر: وقوفه.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥٢٠.

ولو شهد عنده شاهدان بقضائه ولم يتذكّر فالأقرب القضاء.

يلزم الحرج بتعطيل الأحكام.

قوله: ﴿دون الشهادة والحكم﴾ وجه الفرق: أنّ الشهادة أخلق[1] بالاحتياط لما بين الناس من المحاباة والمنافيات (والمنافسات خ) ولأنّه تُقبل رواية الامرأة فيما لا تُقبل شهادتها، إلى غير ذلك من اشتراط التعدّد في الشهادة ونحوه فتأمّل.

قوله: ﴿فالأقرب القضاء﴾ وفاقاً «للتحرير[2] والإرشاد[3] والدروس[4] وتعليق الإرشاد[5]» وخلافاً «للخلاف[6] والمبسوط[7]».

احتجّ الشيخ بأنّه لو شهد بشيء ثمّ نسيه فقامت البيّنة عنده أنّه شهد به لم يشهد ما لم يذكره. فإذا ثبت هذا الحكم في الشاهد فالحاكم إذا لحقه مثل هذا لا يمضيه لأنّه لا يعلمه، ولا ينقضه لجواز أن يكون حكم به، بل يؤخّره حتّى يذكره.

قال في «الدروس»: ولإمكان رجوعه إلى العلم لأنّه فعله، بخلاف الشهادة على حكم غيره فيكفي فيه الظنّ تنزيلاً لكلّ باب على الممكن[8].

قلت: ويمكن أن يستدلّ عليه بأصالة براءة ذمّة المدّعى عليه وبما لعلّه يظهر من «المبسوط» حيث قال: عندنا وعند جماعة[9] من دعوى الإجماع إن أراد بالضمير الأصحاب وبالجماعة جماعة من العامّة.

احتجّ المصنّف ومن تبعه بأنّ الشاهدين بيّنة شرعيّة ولأنّها تقبل إذا شهدت

---

(١) في نسخة: أخلط.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٠.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٢.
(٤ و٨) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٨.
(٥) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٧.
(٦) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٣ المسألة ١٨.
(٧ و٩) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٠.

وكذا المحدّث يحدّث عمّن أخبره بحديثه فيقول: حدّثني فلان عنّي، وكذا لقاضٍ آخر أن يحكم بالشاهدين على قضائه إذا لم يكذّبهما.

بحكم الغير فهو أولى، لأنّه أوثق بنفسه منه في غيره. قلت: ولوجود الفرق بينه وبين الشهادة، فإنّ المعتبر فيها العلم.

قوله: ﴿وكذا المحدث ... إلخ﴾ قال في «الإيضاح[1]» وغيره: قد روي أنّ سهل بن صالح روى حديث القضاء بالشاهد واليمين عن أبيه عن أبي هريرة، وسمع منه ربيعة ثمّ اختلّ حفظه لشجّة أصابته فكان يقول: أخبرني ربيعة أنّي أخبرته عن أبي هريرة.

قوله: ﴿وكذا لقاض ... إلخ﴾ قال الشيخ في «الخلاف» ما نصّه: إذا شهد شاهدان على الحاكم بأنّه حكم بما ادّعاه المدّعي وأنفذه وعلم الحاكم أنّهما شهدا زوراً نقض ذلك الحكم، فلو شهدا بعد ذلك بإنفاذه عند حاكم آخر بعد عزل الأوّل أو موته فعليه أن يقبله ويمضيه، لأنّ الشّرع قد قرّر قبول شهادة الشاهدين إذا كان ظاهرهما العدالة، وعلم الحاكم بأنّهما شهدا زوراً لا يوجب على الحاكم الآخر ردّ شهادتهما. قال الشافعي: ليس له أن يمضيه، وقاس ذلك على شهادة الأصل والفرع فإنّه متى أنكر الأصل شهادة الفرع سقطت شهادة الفرع، والحاكم كالأصل وهؤلاء كالفرع فيجب أن يسقطا. قال الشيخ: وعندنا أنّ شهادة الفرع لاتسقط بل تقبل شهادة أعدلهما، وفي أصحابنا من قال: بل تُقبل شهادة الفرع دون الأصل لأنّ الأصل منكر[2].

ويظهر من آخر كلام الشيخ فيما نحن فيه: أنّ الحاكم الآخر يقبل شهادتهما

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٥.

(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٤ المسألة ١٩.

ومن ادّعى عليه أنّه قضى له فأنكر لم يكن له التحليف كما لا يحلف الشاهد.

وينبغي للحاكم إذا طلب الاستظهار في موضع الريبة أن يفرّق بين الشهود خصوصاً فيمن لا قوّة عنده.

وإن أكذبهما الحاكم الأوّل إذا كان أعدل منه كما هو الشأن في شهادة الفرع والأصل على المشهور أو يقبل قولهما مطلقاً على قول بعض آخر[1]. فقول المصنّف: إن لم يكذّبهما ظاهره أنّه إذا كذّبهما لا يحكم القاضي الثاني بقرينة ما سيأتي[2] له في الفصل الرابع في آخره من أنّه إذا أقام المدّعى عليه البيّنة أنّ هذين الشاهدين شهدا بهذا الحقّ عند حاكم فردّ شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما.

قوله: ﴿لم يكن له التحليف﴾ قد يحتمل الإحلاف إذا قلنا بأنّ اليمين المردود كالإقرار فيحلف إن نكل فيكون كإقراره بالحكم.

قوله: ﴿أن يفرّق ... إلخ﴾ لما رواه المحمّدون الثلاثة[3] من حكم أميرالمؤمنين عليه السلام في الجارية الّتي أتي بها إلى عمر ـ وغيره من قضاياه المشهورة ـ وهذا الخبر يدلّ على الاستحباب كما اختار المصنّف لأنّه قوله عليه السلام: الله أكبر أنا أوّل من فرّق بين الشاهدين، يدلّ على عدم وجوب التفريق. وأيضاً لو وجب التفريق وكان كلّياً لانتفت فائدته، لأنّهم يعلمون أنّهم يفرّقون فيتفقون على الكذب.

والمراد من قوله: لا قوّة عنده، لا قوّة له في الدين والعقل والضبط والتحصيل.

---

(١) لم نعثر عليه. (٢) سيأتي في ص ١٣٥.

(٣) الكافي: ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩، وتهذيب الأحكام: ب ٩٢ ج ٦ ص ٣٠٨ ح ٨٥٢، من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٠ ح ٣٢٥٤.

ويكره إذا كان الشهود من ذوي البصائر والأديان القويّة.

الفصل الرابع: في التزكية

ويجب على الحاكم الاستزكاء مع الشكّ في العدالة وإن سكت الخصم إلّا أن يقرّ الخصم بعدالتهما على إشكال.

قوله: ﴿ويكره ... إلخ﴾ لكنّه إذا ارتاب بحث وبالغ من حيث لايشعرون وليس له القضاء مع الرّيبة من دون بحث.

الفصل الرابع: في التزكية

قوله: ﴿مع الشكّ في العدالة﴾ أي وإن علم الإيمان وحسن الظاهر على ما يأتي[1].

قوله: ﴿إلّا أن يقرّ ... إلخ﴾ جزم في «التحرير[2]» بالحكم عليه حينئذٍ من دون طلب المزكّي، وقوّاه الشهيد في «الدروس[3]» مؤاخذة له بقوله، لأنّه أقرّ بشرط الحكم ولكون الاستزكاء لحقّه. وقوّاه في «الإيضاح[4]» أيضاً لاعترافه بموجب الحكم، لا باعتبار الحكم بعدالتهما بل من حيث إقرار المشهود عليه فيثبت الحكم ولا تثبت عدالتهما. ولعلّ ما في «الإيضاح والدروس» واحد فتأمّل. والفاضل العميدي[5] قوّى عدم الحكم عليه بدون التزكية، لأنّ ذلك حقّ لله، ولذا

---

(١) يأتي في ص ١١٥.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٢.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٩.

(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٥.

(٥) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٦٣.

وهل عليه أن يعيّن حال الاستزكاء مع الشاهدين الخصمين؟ يحتمل ذلك لإمكان أن يعرف بينهم عداوة.

لا يجوز الحكم بشهادة الفسّاق وإن رضي الخصم. قلت: ولأنّه قضاء بغير عدلين أو تعديل بقول واحد.

قال في «التحرير»: ولو قال: إنّهما عدلان لكنّهما زلّا في هذه القضية فالأقرب الحكم عليه لاعترافه بالعدالة[1]. فتأمّل جيّداً. إلّا أنّ الأوفق بالأُصول والقواعد مع مراعاة الاحتياط عدم القبول وعدم إنفاذ الحكم عليه، لكنّ في الخبر الطويل المرويّ عن مولانا العسكري ﷺ[2]: إنّه إذا أقرّ الخصم بعدالتهما حكم عليه، فالعمل به مع فتوى هؤلاء لا مانع منه، فتأمّل.

قوله: ﴿وهل عليه ... إلخ﴾ الخصمين وقع مفعولاً ليعيّن. قال في «الدروس[3] والمسالك[4]» وغيرهما: ويشترط تعريف المزكّي باسم الشاهد ونسبه والمتداعيين، لجواز أن يكون بينه وبين المدّعي شركة أو بينه وبين المنكر خصومة.

قلت: كأنّهم أرادوا أنّ المزكّي ليس المراد منه إثبات العدالة فقط بل المراد منه إثبات قبول الشهادة فيما يشهد به، فقد زاد وصف المزكّي عن الشاهد بهذه الأُمور وبمعرفة شرائط الجرح والتعديل، وأنت تعلم أنّ الأصل عدم جميع الموانع من شركة وخصومة ونسب وجرّ نفع وغير ذلك، فالأقرب عدم اشتراط ذلك كلّه، إذ من المعلوم بالبداهة أنّ معرفة النسب لا دخل لها في الجرح والتعديل، وكذا

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٢.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٤ ب ٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٩.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٠٦.

وهل يعرّفهما قدر المال؟ يحتمل ذلك أيضاً، لإمكان أن يعدّله في اليسير دون الكثير. والأقرب المنع فإنّ العدالة لا يتجزّأ. وصفة المزكّي كصفة الشاهد.

الشركة والعداوة، ولذا ترك هذا الشرط الجمّ الغفير من الأصحاب.

قوله: ﴿فالأقرب[1] ... إلخ﴾ لأنّ الإقدام على مال الغير وإن قلّ كبيرة على الظاهر تقدح في العدالة، فالعدل لا يشهد الزور لا في الكثير ولا في القليل. ووجه قربه: أنّ الشهادة تفيد غلبة الظنّ وتتفاوت في القوّة والضعف، فقد يغلب الظنّ بصدقه في القليل دون الكثير أو العكس، وهو كما ترى. فيتفرّع على ذلك أنّه لو عدل في شهادته بمال قليل ثمّ شهد في الحال بمال كثير فعلى التجزئة يحتاج إلى التزكية وعلى عدمها لا يحتاج. قال في «التحرير» بعد أن قرّب المنع مانصّه: إلّا على ما اختاره الشيخ ﷺ من أنّ ولد الزنا تقبل شهادته في اليسير من المال مع فرض عدالته[2]. قلت: المزكّيان إن عرفا أنّهما أو أحدهما ولد زنا أظهراه للحاكم وإلّا فليس عليهما إلّا تعديلهما فلا فرق أصلاً، على أنّ الشيخ إنّما استند إلى حسنة عيسى بن عبدالله الأشعري عن الصادق ﷺ قال: ولا تجوز شهادة ولد الزنا إلّا في الشيء اليسير من المال إذا رأيت منه صلاحاً[3]. وهو محمول على التقيّة لمعارضته بالأخبار المستفيضة[4].

قوله: ﴿وصفة المزكّي كصفة الشاهد﴾ قد علمت على ما جزم به

---

(١) في المتن: والأقرب، ولعلّ الشارح أتى بالفاء ليفرّع التقريب على ما أفاده بقوله: قلت ...
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٦ ب ٣١ من أبواب الشهادات ح ٥.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٧٦ ب ٣١ من أبواب الشهادات ح ٣ و٦ و٨.

ويجب أن يكون عارفاً بباطن من يعدّله بكثرة الصحبة والمعاشرة المتقادمة، ولا تشترط المعاملة وإن كانت أحوط. ولا يجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح في العدالة أو أن يشيع ذلك بين الناس شياعاً موجباً للعلم. ولا يعوّل على سماعه من واحد أو عشرة لعدم العلم بخبرهم، ولو فرضنا حصوله جرح.

الشهيد وغيره واحتمله المصنّف ﷺ هنا من اشتراط معرفة الخصمين ومعرفة ما يحصل به الجرح والتعديل ونحو ذلك تكون صفة المزكّي زائدة على صفة الشاهد.

قوله: ﴿ويجب أن يكون ... إلى قوله بخبرهم﴾ ولابدّ أن يكون عارفاً بالمعاصي ليجرح ويعدّل، ولا يلزمه العلم بتفاصيلها خلافاً لبعض[1]، إذ ربّما يحصل له العلم بأنّه لا يفعل كبيرة عمداً وإن لم يعرف الكبائر بالتفصيل.

وظاهر المصنّف هنا وفي «الإرشاد[2] والمختلف[3]» والمحقّق[4] والشهيد[5] وابن الجنيد[6] والشيخ في «النهاية[7]» وابن إدريس[8] وابن حمزة[9] ـ سواء نزّلنا كلامهم على أنّ العدالة بمعنى الملكة أم لا ـ أنّه لابدّ من العلم بوجود العدالة كما يفهم من الروايات[10] وكما يعتبر ذلك في الجرح، لأنّه شاهد ولابدّ من العلم في الشهادة إجماعاً.

---

(١) نقل عن البعض في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٦٨.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤١.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٣.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.

(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٩.

(٦) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٠.

(٧) النهاية: ص ٣٢٥.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٧٥.

(٩) الوسيلة: ص ٢١٠.

(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ٤١ من أبواب الشهادات ح ١.

وناقش في المقامين المقدّس الأردبيلي فقال: يكفي في العدالة الظنّ الّذي يحصل به الإطمئنان[١] موافقة «للتحرير[٢] والإيضاح[٣] والمسالك[٤]» قال: لأنّ الملكة خفيّة والتكليف بالعلم حرج منفيّ، ثمّ استظهر أنّ ذلك يحصل بخبر العدل الواحد، وترقّى فقال: بل قد يحصل من الكتب كما في توثيق الرّجال. قال: وكذا يحصل الجرح بما ذكرناه وإلّا لأشكل العلم بتوثيق الرّواة و تفسيقهم في زماننا هذا. فالحصر المستفاد من كلام المصنّف والمحقّق وغيرهما حيث خصّوا معرفة العدالة بالمباشرة المتقاومة وكثرة الصحبة وخصّوا الجرح بالمعاينة أو الإقرار أو الشياع المفيد للعلم محلّ تأمّل. ثمّ قال: اللّهمّ إلّا أن يكون ذلك في مقام الشهادة فقط لافي مقام الرواية وهو بعيد. ثمّ إنّه قال: بعد أن نقل عبارة الشرائع الدالة على عدم جواز الجرح إلّا مع اليقين: إنّ هذا مشكل، إذ لا يعتبر في أصل الحكم وعدالة الشهود المبني عليها أحكام الشرع حتّى القتل والزّنا[٥] إنتهى.

وقد يقال[٦]: إن الملكة وإن كانت باطنيّة إلّا أن آثارها تدلّ عليها ويحصل القطع بها، منها كثرة المعاشرة والصّحبة كما هو الشأن في سائر الملكات تقطع بأنّ زيداً شجاع وكريم لما تراه غير مرّة من إقدامه في الحروب وإعطائه في المسغبة، وكذا الشأن في الجبن والبخل، وكذا ملكة الاجتهاد تعرف بآثارها، ولا حرج في ذلك إذا كان المزكّي عارفا زكيّاً عالماً بأحوال الجرح والتعديل كما هو المفروض، بل من كان على هذه الصفة ربّما اطّلع على الملكة بصحبة يوم في سفر أو أقلّ من ذلك كما إذا رآه في خصومة ونحو ذلك.

هذا ويمكن الجمع بأنّ من اشترط في المزكيّ العلم بالملكة فإنّما أراد به العلم

(١ و ٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٧٣ و ٧٤ و ٨١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٣.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٦.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤١٣.

(٦) كما في رياض المسائل: ج ١٣ ص ٦٨.

بحسب الظاهر كما هو الشأن في سائر العلوم الّتي ليست بعقلية ولا عادية كما تقطع بأنّ زيداً ابن خالد وهذا الكتاب ملك زيد وهذه الامرأة زوجة بكر. ومن قال يكفي الظنّ المتاخم فإنّما أراد العلم بالملكة في الواقع وبهذا تلتئم الكلمة.

ويمكن الجمع بوجه آخر وهو أنّه لمّا كانت الملكة إنّما تعرف بآثارها وما هي إلّا حسن الظاهر المفيد للظنّ المتاخم للعلم بالملكة فكان الظنّ موضوعاً ومتعلّقاً للعلم فصحّ لهم أن يقولوا: لابدّ من العلم ويريدون العلم بالظنّ وأُخرى يكفي الظنّ فتأمّل.

وهناك وجه آخر: أنّ الظنّ المتاخم للعلم علم عرفي مميّز عادة للتكلّف والمراءاة عن غيرهما. فصحّ لهم أن يطلقوا عليه تارة اسم العلم وأُخرى اسم الظنّ. ولقد رأيت بعض الفضلاء المحشّين على القواعد في كتاب الشهادات يقول: إنّه يحصل من المعاشرة العلم العادي برسوخ الملكة.

وصرّح الفخر في «الإيضاح» في باب الطلاق[١] أنّه لا يمكن العلم بها والتكليف بذلك تكليف ما لا يطاق. ومثله قال الأُستاذ في حاشية المعالم، قال: لو أُريد من العدالة الملكة والعلم بها لم يمكن الاعتماد إلّا على قول المعصومﷺ وللزم رفع اليد عنها بالكلّية لعدم استحالة صدور فسق من صاحب الملكة فتأمّل. هذا كلّه إذا كان المراد بالعدالة الملكة. أمّا لو أُريد بها حسن الظاهر فالعلم بها أسهل شيء. وفرق بين تزكية الشاهد وتزكية الراوي من وجوه:

الأوّل: إنّ المنافسات والمحاباة إنّما تقع في الخصومات دون الروايات غالباً، ولذا وجب التعدّد في الشهادة دون الرواية.

الثاني: إنّ تزكية الشاهد وجرحه شهادة لكونها تقام عند القاضي وحال

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣١٤.

الشهادة معروف، وتزكية الراوي وجرحه إمّا من قبيل الأخبار أو من قبيل الظنون الاجتهادية على ما هو المختار، فلذا اكتفوا في ذلك بخبر العدل ونحوه ممّا يفيد الظنّ، سلّمنا أنّ ذلك أيضاً من قبيل الشهادة لكنّا نقول إنّه لمّا لم يمكن العلم في المقام لبعد العهد وعدم الملاقاة وجب الاكتفاء في هذه الشهادة بالظنّ كما يلزم ذلك من قال به، بخلاف ذلك في الشاهد فإنّه مشاهد، فالعلم في حقّه ممكن، على أنّه يلزمك على هذا أن تعتبر في تزكية الراوي وجرحه التعدّد كما هو الشأن في الشهادة وأنت قد اكتفيت بخبر الواحد.

قولك: لا يعتبر اليقين في أصل الحكم وعدالة الشهود فكيف يعتبر في الجرح؟ إذ يلزم منه زيادة الفرع على الأصل، فيه: إنّهم يقولون إنّ اليقين معتبر في عدالة الشهود وإنّما أنت ذهبت إلى اعتبار الظنّ المتاخم، وما وافقك على ذلك إلّا المصنّف في «التحرير[1]» وولده في «الإيضاح[2]» والشهيد الثاني[3]. وقد اضطرب كلامه في «المسالك» في الجرح فتارة حكم فيه باعتبار الظنّ المتاخم وأُخرى وافق المحقّق وجعل الاعتماد فيه على اليقين أولى. وأمّا زيادة الفرع على الأصل فغير ممنوعة عقلاً ولا شرعاً وإلّا فهذه الأحكام قد ثبتت بخبر الواحد المفيد للظنّ ووقوعها في الخارج إنّما يثبت بشهادة عدلين وكم من فرع زاد على أصله.

هذا والتحقيق في المقام أن نقول: إنّ من قال هذه الكلمة إنّما قالها في مقام الاحتجاج على أنّه يكفي الواحد في تزكية الراوي، وبنى ذلك على أنّ المناط منقّح، بل ادّعى الأُستاد ـ أيّده الله تعالى ـ التنقيح مع الأولويّة بمراتب، وقد أبان ذلك في «حاشية المعالم» ولا تصحّ دعوى التنقيح فيما نحن فيه لفقد المنقّح.

وربّما قيل: إنّ من قال بهذه الكلمة إنّما أراد أنّه إذا بيّن لنا الشارع ﷺ حكم

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٣.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٧.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤١٣.

وله أن يحكم بشهادة عدلين إن نصب حاكماً في التعديل.

ولابدّ في التعديل من الشهادة، به والإتيان بلفظها وأنّه مقبول الشهادة، فيقول: أشهد أنّه عدل مقبول الشهادة، فربّ عدل لا يُقبل شهادته.

الفرع وقد كان بيّن لنا حكم الأصل فليس علينا أن نحتاط في الفرع زيادة على الأصل، إذ لو استحقّ الزيادة لكان الشارعﷺ نبّه عليها. وهنا قد بيّن لنا الشارع حكم الأصل أعني النكاح والطلاق والبيع والصلح وغير ذلك، فقال إنّه يكفي فيه خبر الواحد المفيد للظنّ للعالم الخرّيت وبيّن لنا أنّ حكم فرعه ـ أعني وقوع هذا البيع ونحوه ـ لا يكون إلّا بشهادة عدلين قاطعين بذلك فاستحقّ الزيادة حفظاً لنظام الناس واستبقاءً على أموالهم. ومنه يعلم حال مزكّي الشاهد وجارحه لأنّه مثله شاهد.

وظنّ المحقّق[1] وصاحب «المعالم[2]» أنّ تزكية الراوي وجرحه ممّا يزيد فيه الفرع على الأصل. وفيه: نظر ظاهر ومحلّه فنّه، وقد أطال الأستاد في «حاشية المعالم» في بيان فساده، ثمّ إنّ الأحكام لا تبنى على مثل هذه الأشياء.

قوله: ﴿إن نصب حاكماً﴾ يعني إذا نصب الإمام حاكماً في خصوص الجرح والتعديل فله أن يحكم بالعدالة والفسق من دون معاينة أو شياع مفيد للعلم، فإن أخبر حاكماً آخر بعدالة رجل أو فسقه اكتفى به ولم يشترط شهادة آخر لكن لابدّ أن يكون جامعاً لشرائط القضاء.

قوله: ﴿فربّ عدل لا تُقبل شهادته﴾ كما إذا كان مغفّلاً، وقد قيل في

---

(١) معارج الأُصول: ب ٧ فصل ٣ في الراوي ص ١٥٠.

(٢) منتقى الجمان: ج ١ ص ١٦ ـ ٢٢.

والأقرب الاكتفاء بالثاني. ولايشترط أن يقول: عليّ ولي،

المثل: إنّا لنرجو شفاعة من تُرّد شهادته. وخالف الشيخ في «المبسوط» فاكتفى بقوله عدل [١] عملاً بعموم قوله: ﴿فأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [٢]. قلت: ويكتفى بقوله: ثقة إذا كان يعرف أنّ معناها عدل ضابط إمامي.

قوله: ﴿والأقرب الإكتفاء بالثاني﴾ كما هو ظاهر، لأنّ كلّ مقبول الشهادة عدل ولا عكس.

قوله: ﴿ولا يشترط أن يقول عليّ ولي﴾ يريد أن يكتفي بمقبول الشهادة ولا حاجة هنا إلى أن يقول: عدل عليّ ولي، ولا إلى أن يقول: مقبول الشهادة عليّ ولي خلافاً للكاتب أبي علي في «الأحمدي» حيث قال على ما نقل عنه في «المختلف [٣]»: ولا يقنع من المجيب بالتعديل حتّى يقول: عدل عليّ ولي. وجعله الشيخ في «المبسوط [٤]» أحوط بناءً على أنّ الوصف بالعدالة والصدق وقبول الشهادة إنّما يقتضي ثبوت الصفة في الجملة، فربّما يثبت في شيء دون شيء. وضعفه ظاهر، لأنّ قوله: «عليّ ولي»، لا يتعدّى العدالة المطلقة كقول القائل: فلان صادق عليّ ولي، فإنّه لا يقضي بصدقه في كلّ شيء وهذا لم يختره الشيخ كما في «المسالك [٥]» حيث جعله مختار الشيخ وإنّما جعله في «المبسوط» أحوط والاختيار (واختار خ) الاكتفاء بقوله: عدل، كما عرفت.

وفي «التحرير [٦] والدروس [٧]» لابدّ من أن يقول أشهد أنّه عدل عليّ ولي، أو يقول: عدل مقبول الشهادة، فمعناه: أنّه لابدّ أن يضمّ إلى قوله: «عدل» إحدى

(١ و ٤) المبسوط: ج ٨ ص ١١٠. (٢) الطلاق: ٢. (٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٥.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٠٨. (٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٢ ـ ١٣٣.
(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٠.

ولا يكفي أن يقول: لا أعلم منه إلّا الخير.

الكلمتين، فكأنّهما قالا: إنّ قوله: «عليّ ولي» تقوم مقام مقبول الشهادة. ولا تتعلّق الصلتان بالعدل إلّا بتضمين معنى الشهادة، فيكونان موافقين في أحد الشقّين لابن الجنيد. ويرد عليهما ما ورد عليه.

فكانت المذاهب أربعة: الأوّل: هو عدل كما في «المبسوط» الثاني: هو عدل مقبول الشهادة كما عليه الأكثر، إلّا أنّ الثانية تكفي عن الأُولى. الثالث: هو عدل عليّ ولي لا يكفي عدل وحده ولا عدل مقبول الشهادة، وهو مذهب الكاتب، لأنّ الوصف بالعدالة وقبول الشهادة إنّما تقضي ثبوت الصفة في الجملة كما عرفت. الرابع: هو عدل لي وعليّ أو هو عدل مقبول الشهادة ظنّاً منهما أنّ قوله: «لي وعليّ» يقوم مقام «مقبول الشهادة» كما في «التحرير والدروس» وقد اتّفقت الثلاثة على أنّه لا يكفي «عدل» وحده.

قوله: ﴿ولا يكفي أن يقول: لا أعلم منه إلّا خيراً[1]﴾ لصحّته ممّن لم يكن على بصيرة من أمره ولم يعرف منه إلّا الإيمان، لأنّه لم ينف عنه الشرّ وإنّما نفى العلم به كما ورد في دعاء صلاة الميّت[2].

قلت: يمكن أن يستدلّ على الاكتفاء به في التعديل بحسنة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام: من ولد على الفطرة أُجيزت شهادته بعد أن تعرف به خيراً[3] بأن يقال: المتبادر من قولنا: «من عرف من هذا الرجل خيراً» أنّه عرف منه الخير خاصّة، وكذا قولنا: «من عرف منه الصلاح» كونه معروفاً بهذا الوصف ممتازاً

---

(١) في المتن: إلّا الخير.

(٢) وسائل الشيعة: ج ٢ ص ٧٦٥ ب ٢ من أبواب صلاة الجنازة ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٢٨٢ ب ١٠ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ٤.

ولا يكفي الخطّ بالتعديل مع شهادة رسولين عدلين.

ولو سأل المدّعي حبس الغريم بعد سماع بـيّنته إلى أن يـثبت العدالة قيل: جاز لقيام البيّنة بدعواه والأقرب المنع. وكذا لا يجب مطالبته برهن أو ضمين.

به، فكانت الرواية دالّة عـلى تـحقّق العـدالة المـعتبرة فـي الشـهادة. كـذا قـال بعض الأصحاب في كتاب الطلاق ردّاً على من استدلّ بها هناك على أنّ المعتبر في العدالة ظاهر الإسلام.

قلت: إن صحّ الاستدلال بالرواية على العدالة المعتبرة فـي الشـهادة فـقول القائل: «لا أعلم منه إلّا خيراً» أصرح من الرواية في الحصر. وللتأمّل في المقام مجال. واكتفى بعض العامّة [1] بهذه الكلمة.

قوله: ﴿ولا يكفي الخطّ مع شهادة رسولين عـدلين﴾ يـريد أنّـه لايكفي خطّ المزكّي وإن أشهد عليه، لأنّه ليس شهادة خلافاً لبعض العامّة [2].

قوله: ﴿قيل جاز ... إلخ﴾ القائل هو الشيخ في «المبسوط» قال: إذا قال المحبوس: حُبست على تعديل البيّنة، لأنّ المدّعي أقام شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فحبسني حتّى يعرف ذلك، فالكلام في أصل المسألة هل يُحبس بهذا أم لا؟ قال قوم: يُحبس لأنّ الّذي عليه أن يقيم البيّنة والّذي بقي على الحاكـم مـن معرفته العدالة، ولأنّ الأصل العدالة حتّى يعرف غيرها. وقال بعضهم: لايحبس، لجواز أن تكون فاسقة فيكون حبسه بغير حقّ، أو تكون عادلة وحبسه بحقّ، وإذا انقسم إلى هذا لم يحبسه بالشكّ، والأوّل أصحّ عندنا [3].

---

(١) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٤٩٩.
(٢) الهداية للمرغياني: ج ٣ ص ١٠٦.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٩٣.

ويبنغي إخفاء السؤال عن التزكية فإنّه أبعد من التهمة.

قلت: إنّا نمنع قيام البيّنة، لأنّ شرط قبولها والحكم بها العدالة فالجهل بها جهل بالشّرط، فلا يجوز الحكم وتعجيل العقوبة والعذاب قبل ثبوت السبب. وقد عرفت فيما مضى حال إصالة العدالة على تقدير تسليمهما، فلا يجب مطالبته برهن ولا ضمين، لكن لابدّ من المراقبة على وجهٍ لا يضرّ بحاله ولا يفوت المدّعى.

قوله: ﴿وينبغي إخفاء ... إلخ﴾ وطريق المسألة عنه سرّاً أن يكتب القاضي اسم كلّ من الشاهدين ولقبه وكنيته ـ إن كانا ـ ويكتب حليته ويذكر منزله ومصلّاه وسوقه وصنعته لئلّا يشتبه بغيره في رقعة أو رقاع، ويدفع كلّ رقعة إلى عدل ويكتم عن كلّ ما دفعه إلى الآخر لئلّا يتواطئا على تزكية أو جرح، ويأمر كلّاً منهما أن يسأل عنه جيرانه وأهل سوقه وأهل مسجده. وينبغي أن يكون المزكّي ممّن يعرفهم الشهود والخصمان ليبعد احتمال الرشوة للتزكية أو الجرح. ثمّ إن احتاط بعد التزكية سرّاً بالسؤال جهراً كأن يقول للمزكّين في حضور الشاهدين هذان هما اللّذان زكّيتما كان خيراً.

يدلّ على جميع ما ذكرنا حرفاً فحرفاً مارواه مولانا وإمامنا الحسن بن علي العسكريعليه السلام في تفسيره، قال: كان رسول اللهصلى الله عليه وآله إذا تخاصم إليه رجلان قال للمدّعي: ألك حجّة؟ فإن أقام بيّنة يرضاها ويعرفها أنفذ الحكم على المدّعى عليه، وإن لم يكن له بيّنة حلف المدّعى عليه بالله ما لهذا قِبَلَه ذلك الّذي ادّعاه ولا شيء منه، وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا بشرّ قال للشهود: أين قبائلكما؟ فيصفان، أين سوقكما؟ فيصفان، أين منزلكما؟ فيصفان، ثمّ يقيم الخصوم والشهود بين يديه ثمّ يأمر فيكتب أسامي المدّعي والمدّعى عليه والشهود، ويصف ما شهدوا به، ثمّ

ولا يجوز الجرح والتعديل بالتسامع.

ويثبت العدالة مطلقة ولا يثبت الجرح إلّا مفسّراً على رأي،

يدفع ذلك إلى رجل من أصحابه الخيار، ثمّ مثل ذلك إلى رجل آخر من خيار أصحابه، ثمّ يقول: ليذهب كلّ واحد منكما من حيث لا يشعر الآخر إلى قبائلهما وأسواقهما ومحالّهما والربض الّذي ينزلانه فيسأل عنهما، فيذهبان ويسألان، فإن أتوا خيراً وذكروا فضلاً رجعوا إلى رسول‌الله ﷺ فأخبراه، أحضر القوم الذين أثنوا عليهما وأحضر الشهود، وقال للقوم المثنين عليهما هذا فلان بن فلان وهذا فلان بن فلان أتعرفونهما؟ فيقولون: نعم، فيقول: إنّ فلاناً وفلاناً جاءني عنكما بجميل وذكر صالح ... إلى أن قال: فإن رجعا بخبر سيّئ وثناء قبيح دعا بهم فيقول: أتعرفون فلاناً وفلاناً؟ فيقولون: نعم، فيقول: اقعدوا حتّى يحضرا، فيقعدون فيحضرهما فيقول للقوم: أهما هما؟ فيقولون: نعم. فإذا ثبت عنده ذلك لم يهتك ستر الشاهدين ولا عابهما ولا وبّخهما، ولكن يدعوا الخصوم إلى الصلح[1] ... الحديث.

فالوجه في إخفاء السؤال أنّه ربّما يتوقّف المزكّي جهراً عن ذكر ما يعرفه حياءً أو خوفاً، ولأنّ في الجرح جهراً هتكاً للشهود كما يشير إليه في الخبر الشريف.

قوله: ﴿بالتسامع﴾ يريد أنّه لابدّ من الشياع الموجب للعلم.

قوله: ﴿وتثبت العدالة ... إلخ﴾ اختلف الأُصوليّون والفقهاء في هذه المسألة على أقوال ستّة:

أحدها: ما ذكره المصنّف، وهو خيرة الشيخ في «المبسوط[2] والخلاف[3]» وابن

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٥ ب ٦ من أبواب كيفية الحكم ح ١.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٩. (٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٠ المسألة ١٣.

إدريس[١] وابن حمزة[٢] والمحقّق[٣] والفخر[٤] والشهيد[٥] وأكثر الأصحاب (وهو المشهور خ) كما ذكر غير واحد وهو خيرة الشافعي[٦] والغزالي[٧]. ومن هنا ظهر لك أنّ صاحب «المعالم» لم يتتبّع، وإلّا لما قال: إنّه لا يعلم في الأصحاب قائلاً[٨] به. ولعلّه يريد في خصوص الراوي، وهو كما ترى.

احتجّوا له بما ذكره الغزالي في «المستصفى» من أنّ أسباب الفسق غير محصورة الأنواع ولا متناهية الأفراد، ويكفي في الجرح إثبات بعض ولا تثبت العدالة إلّا بانتفاء الجميع، فلو لزم التفسير لزم ذكر الجميع، وذكر الأفراد متعذّر والأنواع متعسّر جدّاً، وبأنّ العدالة هو الأصل والفسق طارٍ، وبأنّ التعديل يرجع إلى الشهادة بأنّه لم يشاهد الفسق منه مع طول الصحبة فهي شهادة بالنفي بخلاف الجرح. وزاد في «الخلاف» وغيره اختلاف الناس في المعاصي فربّما اعتقد الجارح ما ليس بمعصية معصية. وزاد الشافعي ولو أخذ بكلام الجارح من دون سؤال لكان تقليداً، وهذا بخلاف التعديل، إذ ليس له إلّا سبب واحد ملازمة التقوى والمروّة.

وأقعد ما يستدلّ لهم به: أنّ القدماء كانوا يضعّفون بما لا ينبغي أن يُعدّ تضعيفاً كالرواية عن الضعفاء واعتماد المراسيل إلى غير ذلك من تضعيفات القمّيين، ولا كذلك العدالة. وهذا تامّ في الرواية.

ويرد على الأوّل: منع عسر ذكر الأنواع، إذ يكفي أن يقول: كان ملازماً للطاعات محافظاً على الصلوات منزّهاً عن مساوي العادات، كما ذُكر مثل ذلك

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٤.
(٢) الوسيلة: ص ٢١١.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣١٨.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٠.
(٦) المجموع: ج ٢٠ ص ١٣٦.
(٧) راجع المستصفى: ج ١ ص ١٦٢.
(٨) معالم الدين: ص ٢٠٧.

في الأخبار[١] وكلام الأصحاب[٢]. وعلى الثاني: أنّا لانسلّم أنّ الأصل العدالة ولا الأصل الفسق، إذ كلّ منهما وجوديّ، سلّمنا أنّها الأصل كما نصّ عليه جماعة[٣] لكن قد علمت أنّ هذا الأصل قد انقطع كما سلف محرّراً. وعلى الثالث: أنّه وإن كان الجرح شهادة بالإثبات إلّا أنّ الاختلاف فيه مفضٍ إلى الاختلاف في العدالة، سلّمنا لكن ينبغي أن يخصّ ذلك محلّ الخلاف. هذا كلّه مضافاً إلى ما استند إليه كلّ ذي مذهب في المصير إليه والاحتجاج عليه.

وقد يجاب[٤] عن الإيراد الأوّل: أنّه لو اكتفي بالإجمال لكان كقوله: هو عدل، من دون تفاوت أصلاً، وعن الثالث: بأنّ العلماء مختلفون في أسباب الجرح، فربّ شيء يراه الجارح قادحاً وليس هو كذلك عند الحاكم. ويؤيّده احتمال الاشتباه والسهو والنسيان فلا يرد: أنّ ذلك مشترك بين الجرح والتعديل فإنّ الاختلاف في أحدهما عين الاختلاف في الآخر، وكذا الاشتباه والنسيان، وذلك لأنّ التفصيل في التعديل ممّا لا يمكن إيجابه لاستلزامه التعطيل في الأحكام المنافي لغرض الحاكم، فهذا القول أقوى الأقوال. ويليه مختار المصنّف في اُصوله وهو الثالث كما يأتي.

الثاني: جواز الإطلاق فيهما، وهو مذهب القاضي أبو بكر[٥]. لأنّ الشاهدين لعدالتهما إنّما يجزمان (يخبران ظ) إذا علما بما عند الحاكم من أسباب العدالة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٨٨ ب ٤١ من أبواب الشهادات.

(٢) كما في النهاية: ص ٣٢٥، والمهذّب: ج ٢ ص ٥٥٦، وكشف اللثام: ج ١٠ ص ٢٧٥ ـ ٢٧٦.

(٣) منهم الشيخ في الخلاف: ج ٦ ص ٢١٨ المسألة ١٠، والآبي في كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٧، والفاضل الهندي في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٦٠.

(٤) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٧٦.

(٥) المحصول في علم اُصول الفقه: ج ٤ ص ٤١٠.

فلو فسّر بالزنا لم يكن قاذفاً.

والفسق وبالعدالة والفسق عند الكلّ. وفيه: إنّه قد لا يعرفان الخلاف في ذلك أو عرفاه ولكنّهما بيّناه على اعتقادهما ولم يخطر لهما الخلاف ببال.

الثالث: جواز الإطلاق مع علمهما بالأسباب لابدونه، وهو خيرة المصنّف في أُصوله [1] والرازي [2].

الرابع: وجوب ذكر السبب فيهما، وهو خيرة المختلف [3].

الخامس: جواز الإطلاق في الجرح دون التعديل كما عليه بعض الأُصوليّين [4] ونسبه إلى المصنّف في بعض كتبه الشهيدُ في «غاية المراد [5]».

السادس: ما ذهب إليه الشهيد الثاني في «المسالك [6]» في كتاب الشهادات وولده [7] من الاكتفاء بالإطلاق فيهما حيث تعلم عدم المخالفة فيما به تحقّق العدالة والجرح، ومع انتفاء ذلك يكون القبول موقوفاً على ذكر السبب. وهذا المذهب يسدّ باب العمل بخبر الواحد كما يظهر ذلك لمن عرف حال علماء الرجال. وقد أشار إلى ذلك الأُستاد [8] أيّده الله تعالى.

ولكلّ من هذه المذاهب حجج ومتعلّقات وإيرادات تذكر في محلّها.

قوله: ﴿لم يكن قاذفاً﴾ لأنّه لم يرد بذلك إدخال الضرر عليه وإنّما دعت الحاجة إلى ذلك، والأولى أن يؤدّي ذلك بعبارة أُخرى.

---

(١) مبادئ الوصول إلى علم الأُصول: ص ٢١٣.

(٢) المحصول في علم أُصول الفقه: ج ٤ ص ٤١٠. (٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٥.

(٤) كما في نهاية الوصول في علم الأُصول: الورقه ١٤٩ الصفحة الثانية س ١٦ (مخطوط)، والمحصول في علم أُصول الفقه: ج ٤ ص ٤٠٩.

(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ١٧. (٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٦٥.

(٧) منتقى الجمان: ج ١ ص ٢٠. (٨) الحاشية على مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٣ ص ٧٥٨.

ولايحتاج في الجرح إلى تقادم المعرفة بخلاف العدالة بـل يكـفي العلم بموجبه.

ولو اختلف الشهود في الجرح والتعديل قدّم الجرح

قوله: ﴿ولايحتاج في الجرح إلى تقادم المعرفة﴾ الأمرفي ذلك ظاهر كما أنّ الفرق بين التعديل والجرح واضح، إذ يكفي في جرحه صدور معصية عنه.

قوله: ﴿قُدّم الجرح﴾ تقديم الجرح على التعديل إذا لم يكن هناك تعارض ـ كأن يتّحد الزمان وقد ذكر السبب في الجرح دون التعديل على ما هو المشهور عندهم: من أنّه يشترط في الجرح ذكر السبب دون التزكية كما عرفت، ولم يكن هناك شيء آخر من وجود الكثرة في أحد الطرفين أو غير ذلك ممّا يأتي تفصيله، وبالجملة إذا ذكر السبب في الجرح مع التساوي في العدالة وغيرها ـ مذهب أكثر الأصحاب[١] بل نقل عليه شارح «الزُبدة» الإجماع، وعلى ذلك يـنزّل إطـلاقهم حيث حكموا بتقديم الجرح على التعديل من دون تعرض للتعارض ولا للتفصيل بذكر السبب فيهما وعدمه ووجود الكثرة وعدمها وغير ذلك، وإلّا فالمدار عـلى الترجيح بالقرائن إن أمكن وإلّا فالوقف كما في «الخلاف[٢]» أو العمل بالجرح كما استحسنه المحقّق[٣] أو التعديل كما احتمله بعض الناس. وعلى هذا تلتئم الكلمة في أصل المسألة ويرتفع النزاع.

ويدلّ على هذا الّذي ذكرناه ونزّلنا عليه إطلاق الأصحاب مـا أشـار إليـه المصنّف بقوله: ﴿ولو تعارضت البيّنتان ... إلخ﴾ وما ذكره الشيخ في «المبسوط»

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١٠٨، وابن ادريس في السرائر: ج ٢ ص ١٧٤، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٧٢.

(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٩ المسألة ١٢.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.

فإنّه بعد أن ذكر ما احتجّ به للمشهور من أنّ في تقديم الجرح تصديقاً للبيّنتين، فإنّ الجارح يخبر بما لم يعلمه المزكّي من الانتقال عن أصل العدالة وصدور المعصية، وغاية شهادة المزكّي أنّه لم يعرف منه ما ينافي العدالة. فالجارح ناقل عن الأصل ومعه زيادة، والناقل راجح كما إذا شهد اثنان بأنّ عليه ألفاً ثمّ شهد آخران بالقضاء، وذو الزيادة راجح كما إذا شهد اثنان بأنّ للميّت إبناً وآخران بأنّ له ابنين، قال ما نصّه:

فرع: على هذا لو كانت الزيادة مع المزكّي قُدّم على الجرح، وهو إذا انتقل عن بلده إلى غيره فشهد اثنان من بلده بالجرح واثنان من البلد الّذي انتقل إليه بالعدالة كانت العدالة أولى، لأنّه قد يترك المعاصي ويشتغل بالطاعات، فيعرف هذان ما خفي على الأوّلين، وكذلك لو كان البلد واحداً فسافر فزكّاه أهل سفره وجرحه أهل بلده كان التزكية أولى. وأصله النظر إلى الزيادة فيعمل عليها[١].

وممّا يقطع به على ما ذكرنا إنّك قد علمت أنّ المشهور عندهم ذكر السبب في الجرح وعدمه في التعديل فينزّل إطلاقهم على ذلك. ثمّ إنّه لو لا تنزيل كلامهم على ما ذكرنا لكان دليلهم مختلاً ومنحلاً، وذلك لأنّه يرد عليهم أنّ الجارح والمزكّي مع الإطلاق فيهما من دون ذكر السبب في الجرح إنّما يخبران عمّا عليه الرجل في نفس الأمر لا بمجرّد وقوع ما يوجب الجرح أو التعديل من معصية أو حسن ظاهر ـ مثلاً ـ كي يقال: لا مانع من وقوعها، فعلى هذا تصديقهما معاً جمع بين النقيضين، فلا يعقل هذا الجمع الّذي جعلوه دليلاً، نعم إن ذكر سبب الجرح كما سلف عُقل، فتأمّل فإنّه ربّما دقّ. على أنّه قد يقال: هذا الدليل في الظاهر لا يتأتّى إلّا على القول بأنّ العدالة نفس حسن الظاهر.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٨.

وينبغي التنبيه لأمور:

منها: إنّه قد يكون الفسق مقدّماً في الزمان ومضى عليه مدّة يمكن إصلاح العمل فيها كما هو المشهور وحينئذٍ فالترجيح للمعدّل، وكذا يمكن ذلك مع الاشتباه، وإلّا فالوقف فتأمّل.

ومنها: إذا تعرّض الجارح لذكر سبب ظاهر لا يكاد يخفى على الآخر كأن يقول: كان والياً على البلد من قبل جائر فالوقف، وكذا إذا رماه بما لا يبعد فيه احتمال التّوبة كأن يقول: رأيته يوماً يشتم جاره أو يضرب أُمّه فلا يبعد الوقف أيضاً لاحتمال السبق أو التوبة مع رجحان الجمع مهما أمكن. وأمّا إذا رماه بما يخفى وزعم أنّه الآن عليه ولا يمكن حمله على وجه صحيح كأن قال: إغتاب من لا يجوز غيبته فيحمل على أنّ الشخص مبهماً (مبهم ظ) أو أنّه أراد ردعه ونحو ذلك ولم يكن هناك ترجيح بأورعية ونحوها ـ كما يأتي ـ فلا ريب في تقديم الجرح، وهذا معقد الإجماع.

هذا كلّه إن كان السبب المذكور عن دراية كما هو الشّأن في الشّاهد، وأمّا إذا كان أحدهما عن دراية والآخر عن رواية كما يحصل ذلك في الراوي، فإن كانت عن معصوم عليه السلام متواترة أو يخبر عن مشافهة معصوم فالتقديم للرواية، لأنّ المعصوم هو العالم بحقائق الأُمور، وإلّا فلا.

وليعلم: أنّ من الرّجحان الّذي يحكم التدبّر الصحيح باعتباره كثرة المعدّلين، وبه عمل المصنّف في «الخلاصة» في مواضع متعدّدة كما في إبراهيم بن سليمان حيث رجّح تعديل الشيخ والنجاشي على جرح الغضائري، وكذا في إسماعيل بن مهران، إلّا أنّه لم يعتبر ذلك في «نهاية الأصول[1]» كما صنع صاحب

(١) نهاية الوصول في علم الأُصول: الورقه ١٤٩ الصفحة الثانية س ٣٠ (مخطوط).

ولو تعارضت البيّنتان، قيل: يقف الحاكم ويحتمل أن يعمل بالجرح.

«المحصول[1]» قالا: لأنّ سبب تقديم الجرح اطّلاع الجارح على زيادة فلا تنتفي بكثرة العدد.

قلت: المدار على غلبة الظنّ واطمئنان النّفس كما هو المفروض عند القاضي في الشاهد والمجتهد في الراوي، ولا ريب أنّ كثرة المزكّين إذا كانت متناهية في الكثرة ممّا توجب اطمئنان النفس وغلبة الظنّ المتاخمة للعلم.

هذا، وقد وجدت بعض النّاس يقول: قد يكون سبب ترجيح الجارح على الإطلاق أنّ المعتبر في الجرح عندهم هو العلم وفي التعديل الظنّ.

قلت: قد عرفت أنّ إطلاقهم مقيّد وإلّا لورد عليهم ما لا قبل لهم به، وكما يعتبر العلم في الجرح يعتبر في التعديل كما هو ظاهر إن كانت العدالة حسن الظاهر، فإن قلنا: إنّها الملكة والملكة تعلم وتقطع باعتبار آثارها كما نعلم أنّ زيداً شجاع وكريم وعمرو جبان وبخيل، فالعلم معتبر فيهما معاً، وقد سلف البيان، فتأمّل في هذه المباحث فإنّي لاأعلم أحداً أتى بها على هذا المنوال، وبقي هناك مباحث أُخر تطلب في فنّها.

قوله: ﴿ولو تعارضت البيّنتان﴾ تعارض البيّنتين خلاف اختلافهما كما أشار إليه المصنّف هنا وفي «التحرير[2] والمختلف[3]» ونبّه عليه المحقّق في «الشرائع[4]» كما أشرنا إليه سابقاً، وذلك كما إذا شهدت بيّنة بأنّه قتل فلاناً في أوّل شهر كذا وقالت الأُخرى إنّا رأيناه في آخر ذلك الشهر حيّاً، أو قالت الجارحة إنّه شرب في يوم كذا في مكان كذا وقالت المعدّلة إنّه كان تمام ذلك اليوم في مكان

---

(١) المحصول: ج ٤ ص ٤١١.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٣.

(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.

وإذا ثبتت عدالة الشاهد حكم باستمرارها حتّى يظهر منافيها، والأحوط أن يطلب التزكية مع مضيّ مدّة يمكن تغيير حال الشاهد، وذلك بحسب ما يراه الحاكم من طول الزمان وقصره.

آخر وقد كنا حاضريه ولم يشرب ونحو ذلك. وقد علمت أنّه قد قال في «الخلاف»: يقف الحكم لإنتفاء المرجّح. ويمكن تقرير التوقّف بأن يقال: الأصل عدم ثبوت الحقّ المدّعى به إلى أن تثبت عدالة الشهود ولم تثبت فتردّ الشهود بمعنى أنّه لا يحكم بالفسق كما في مجهول الحال. ولعلّ من توقّف نظر إلى هذا.

واستحسن المحقّق[1] تقديم الجرح لتقدّم الإثبات ولأنّ التأسيس خير من التأكيد كما قيل[2] ذلك في ترجيح دليل التحريم، وهو كما ترى.

قلت: ويحتمل التعديل، للأصل مع الخُلوّ عن ظهور المعارض، والمراد بالأصل أصل عدم ذلك الفسق الّذي رماه به. وإن كان رماه بترك عبادة فالظاهر من حال المسلم خلافه، فكان له دليلان الأصل والظاهر. وذلك إن لم يكن هناك ترجيح بالكثرة المفيدة له والأورعيّة والأضبطية والأعرفية بحال العدل أو واحد منها كما تقدّمت الإشارة إليه، أو لم يمكن الحمل على وقوع الذنب والفسق نسياناً أو غلطاً أو غفلة وجهلاً على تقدير كون ذلك عذراً كما هو الظاهر في أكثر الاُمور، ولكن لابدّ أن يكون ذلك في حقّ من يمكن في حقّه ذلك أو يمكن حمل فعل الّذي يرى الجارح أنّه فسق على وجه صحيح كأن يكون اغتاب المتجاهر بالفسق.

قوله: ﴿وإذا ثبت ... إلى قوله: منافيها﴾ عملاً بالاستصحاب المؤيّد بأصل عدم الزوال ولا سيّما إذا فسّرت بالملكة. وما جعله المصنّف أحوط كما في

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.
(٢) كما في جامع المقاصد: ج ١٢ ص ٢٢٦.

فإن ارتاب الحاكم بعد التزكية لتوهّمه غلط الشاهد فليبحث وليسأل الشاهد على التفصيل، فربّما اختلف كلامه، فإن أصرّ على إعادة لفظه جاز له الحكم بعد البحث وإن بقيت الريبة على إشكال.

«المبسوط[١]» حكاه في «الشرائع[٢] والمسالك[٣] والمجمع[٤]» عن بعض، ولا ريب في استحبابه كما هو الشأن في المجتهد إذا لم يحفظ الدليل. ونُقل عن بعض العامّة[٥] تحديده المدّة بستّة أشهر.

قوله: ﴿فإذا ارتاب الحاكم بعد التزكية﴾ كما إذا كان المزكّى أو المزكّي قد تسامح عنه الفسق.

قوله: ﴿فليبحث﴾ إمّا بالتفريق بين المزكّين أو يسألهما التفصيل ونحو ذلك.

قوله: ﴿وليسأل الشاهد﴾ المراد به الشاهد بالعدالة لا الشاهد بأصل الحكم.

قوله: ﴿فربّما اختلف كلامه﴾ لأنّه إذا اختلف كلامه بنفسه أو مع الآخر اتّضح الغلط أو ظهر الفسق.

قوله: ﴿فإن أصرّ على إعادة لفظه﴾ يريد أنّه إذا أصرّ كلّ منهما أو أحدهما على عدم التفصيل فأعاد اللفظ بعينه جاز له الحكم بعد البحث من جهات اُخر، فالمراد بالبحث الأخير غير البحث الأوّل.

قوله: ﴿وإن بقيت الريبة على إشكال﴾ من وجود مناط القبول وهو العدالة وإصراره ومن وجود الريبة الّتي يحصل بها عدم القطع أو الظنّ الّذي هو

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١١٢.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٧.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤١٤.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٨٢.
(٥) نقله الشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١١٢.

ولا يثبت الجرح والتعديل إلّا بشاهدين عدلين ذكرين. ولا يقابل الجارح الواحد بيّنة التعديل.

شرط الحكم. والأوّل خيرة «التحرير[1] والدروس[2]»، وهو الحقّ ولا إشكال كما يرشد إليه حسن معاوية بن وهب الّذي تقدّم نقله[3]. قال في «الدروس»: وليس له القضاء مع الريبة من دون بحث.

قلت: فيه بحث، لأنّ الحسنة إنّما دلّت على استحباب التفريق عند الريبة فتأمّل.

قوله: ﴿ولا يثبت الجرح والتعديل إلّا بشهادة ذكرين﴾ لا أجد في هذا الحكم مخالفاً من أصحابنا. نعم جعل الشيخ في «المبسوط[4]» اعتبار العدد أحوط. وذهب بعض العامّة[5] كأبي بكر من الاُصوليّين وأبي حنيفة وأبي يوسف من الفقهاء إلى الاكتفاء بالواحد.

أمّا ثبوت التزكية بالعدلين والجرح بهما، فلأنّ كلّاً منهما شهادة فيعتبر فيهما ما يعتبر في الشهادة. والدليل على عدم قبول الأقلّ الأصل مضافاً إلى الدليل الدالّ على عدم قبول الظنّ إلّا ما خرج بالدليل وهذا ليس منه، وما قبل فيه الامرأة الواحدة والشاهد واليمين فللنصّ ولا يتعدّى. وإنّما وقع الكلام في تزكية الراوي من المحقّق[6] وصاحب «المعالم[7]» ومحلّ ذلك علم الاُصول.

قوله: ﴿ولا يقابل الجارح الواحد بيّنة التعديل﴾ هذا ممّا لا ريب فيه،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٤.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٠.
(٣) تقدّم في ص ٥٨.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١١٢.
(٥) راجع الحاوي الكبير: ج ٢٠ ص ٢٥٥.
(٦) معارج الاُصول: ص ١٥٠.
(٧) منتقى الجمان: ج ١ ص ١٦ ـ ٢٢.

ولو رضي الخصم بأن يحكم عليه بشهادة فاسق لم يصحّ. ولو اعترف بعدالة الشاهد ففي الحكم عليه نظر، فإن سوّغناه لم يثبت تعديله في حقّ غيره.

ولو أقام المدّعى عليه بيّنة أنّ هذين الشاهدين شهدا بهذا الحقّ عند حاكم فردّ شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما.

لأنّه لو جرحه جارح واحد من دون أن تقوم بيّنة على تعديله لم يقبل جرحه فكيف وقد قامت البيّنة على تعديله؟ ولو أورث جرحه ريبة فإن شاء الحاكم دفعها بالتفرقة أو سؤال التفصيل من العدلين فعل، وإلّا فلا.

قوله: ﴿ففي الحكم نظر﴾ هذا تقدّم الكلام فيه مفصّلاً في أوّل الفصل[1] ولقد كان يغني عنه ذلك، إلّا أنّه ذكره ليبتني عليه ما بعده.

قوله: ﴿ولو أقام المدّعى عليه بيّنة ... إلخ﴾ إذ لا فرق بين أن يردّ شهادتهما لفسقهما أو لعداوتهما أو لجرّهما نفعاً أو لعلمه بأنّهما شهدا زوراً، كما لا فرق بين أن يكونا شهدا بهذا الحقّ أو بحكم الحاكم كأن تقول بيّنته: هذان شهدا للحاكم الفلاني أنّه حكم على هذا الشخص المدّعى عليه فردّ شهادتهما لعلمه بأنّهما شهدا زوراً. هذا ما أفادته عبارة المصنّف ﷺ لكنّي وجدت الشيخ في «الخلاف» يقول:

مسألة، إذا شهد شاهدان على الحاكم بأنّه حكم بما ادّعاه المدّعي وأنفذه وعلم الحاكم أنّهما شهدا زوراً نقض ذلك الحكم. فإن مات بعد ذلك أو عزل فشهدا بإنفاذه عند حاكم آخر لم يكن له أن يمضيه عند الشافعي، وقال مالك: بل يقبله ويمضيه ويعمل عليه. وهذا يقوى عندي، لأنّ الشرع قد قرّر قبول شهادة الشاهدين إذا كان ظاهرهما العدالة وعلم الحاكم بأنّهما شهدا زوراً لا يوجب على

---

(١) تقدّم في ص ١١٢.

الفصل الخامس: في نقض الحكم

إذا حكم حاكم بحكم خالف فيه الكتاب أو السنّة المتواترة أو الإجماع، وبالجملة إذا خالف دليلاً قطعيّاً وجب عليه وعلى غير ذلك الحاكم نقضه ولا يسوغ إمضاؤه، سواء خفي على الحاكم به أو لا، وسواء أنفذه الجاهل به أو لا.

وإن خالف به دليلاً ظنّياً لم ينقض كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة، إلّا أن يقع الحكم خطأً بأن يحكم بذلك لا لدليل قطعيّ ولا ظنّي، أو لم يستوف شرائط الاجتهاد.

الحاكم الآخر ردّ شهادتهما فيجب عليه أن يقبلهما ويمضي شهادتهما[1]. ثمّ إنّه أخذ يردّ على الشافعي بما ذكرناه في آخر الفصل الثالث[2].

ومراد الشيخ: أنّ علم الحاكم ليس حكماً منه بالفسق ـ كما هو الحقّ ـ حتّى يمضيه الحاكم الآخر إذا قامت عنده البيّنة بذلك. ومن هنا يتّجه على المصنّف أن يقال: إن كان الحاكم الأوّل ردّ شهادتهما لعلمه بفسقهما لم يصحّ له أن يحكم ببطلان شهادتهما، لأنّ علمه لا يجدي من دون حكم، على أنّه الآن إمّا معزول أو ميّت كما هو المفروض، وإن كان ردّه لشهادتهما لحكمه بفسقهما فلا كلام في بطلان شهادتهما عند الآخر، لأنّه حكم كسائر الأحكام. وظاهر المصنّف الحكم بالبطلان مطلقاً بقرينة ما سلف له في آخر الفصل الثالث، وما ذكره الشيخ أولى وأقوى فليتأمّل.

الفصل الخامس: في نقض الحكم

قوله: ﴿وإن خالف دليلاً ظنّياً لم ينقض﴾ فصّل المصنّف هنا في النقض

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٤ المسألة ١٩.

(٢) تقدّم في ص ١١٠.

تارة فحكم به فيما إذا خالف القطعي وبعدمه إذا خالف الظنّي، وأطلق اُخرى حيث قال فيما يأتي[1]: والأقرب أنّ كلّ حكم ظهر ... إلخ. وكذا أطلق في «التحرير[2] والإرشاد[3]» كما صنع جماعة منهم الشيخ في «المبسوط[4] والخلاف[5]» وابن حمزة في «الوسيلة[6]» والمحقّق في «الشرائع[7]» والمحدّث الكاشاني في «المفاتيح[8]» وهو المنقول عن «الجامع» لابن سعيد[9]. وللشهيد تفصيل يأتي ذكره. ومن هنا قال في «المسالك[10]»: وللأصحاب في هذا الباب عبارات مختلفة وآراء متباينة.

ونحن نقول: كلّ ذلك لم يكن، وذلك لأنّهم اتّفقوا على الحكم بالنقض إذا بان البطلان واتّضح الفساد، وذلك إنّما يكون بظهور دليل قطعي لم يكن ظهر عند الحاكم أو ظنّي يكون حجّة عند من حكم بالأوّل من غير ما يصلح للمعارضة عنده وإن لم يكن حجّة عند من يحكم بالثاني أو كان له عنده معارض، فحيث يطلقون ويساوون في النقض بين استناد الحكم إلى القطعي والظنّي فإنّما يريدون حيث يتّضح البطلان وحيث يفرّقون ويفصّلون بين القطعي والظنّي فإنّما يريدون حيث لا يستبين الفساد في الظنّي كما هو الشأن في الاجتهاد الّذي لا ينقض كما يأتي بيانه.

وقد جمعت جميع ذلك عبارة الشهيد في «الدروس[11]» حيث قال: إنّه ينقض الحكم إذا علم بطلانه، ويحصل ذلك بمخالفة نصّ الكتاب أو المتواتر من السنّة أو الإجماع أو خبر واحد صحيح غير شاذّ أو مفهوم الموافقة أو منصوص العلّة عند

---

(١) يأتي في ص ١٤٤.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٥.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤١ ـ ١٤٢.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٠١ ـ ١٠٢.
(٥) الخلاف: ج ٦ ص ٢١٤ المسألة ٧.
(٦) الوسيلة: ص ٢١٠.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٥.
(٨) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٠.
(٩) نقله عنه في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٧٥.
(١٠) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٨٩ ـ ٣٩٠.
(١١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٦.

بعض الأصحاب، بخلاف ما تعارض فيه الأخبار وإن كان بعضها أقوى بنوع من المرجّحات و(أو خ) ما تعارض فيه عمومات الكتاب أو السنّة المتواترة أو دلالة الأصل إذا تمسّك الأوّل بدليل يخرج عن الأصل فإنّه لا ينقض.

وقد أشكلت هذه العبارة على صاحب «المسالك» بل قال: إنّها أقوى العبارات في الباب إشكالاً، وقد بيّن إشكالها بأنّه نسب حصول العلم بالبطلان إلى هذه الأربعة، وهو لا يتمّ إلّا في نصّ الكتاب والسنّة المتواترة والإجماع، وأمّا خبر الواحد وإن كان صحيحاً فهو في مواضع الخلاف ودليله ظنّي فمخالفته لا تضرّ إذا كان قد ذهب إلى خلافه الأوّلُ لدليل اقتضاه، مضافاً إلى أن الأخبار قد يتعارض في كون بعضها صحيحاً وبعضها ضعيفاً، وقد جمع الشيخ بتخصيص الصحيح بالضعيف غير مرّة. ومثله مفهوم الموافقة ومنصوص العلّة. وقال: إنّ الفرق بين ما ذكر وما تعارض فيه الأخبار في حيّز المنع[1].

قلت: قد عرفت مراد الشهيد وأنّ نسبة الحصول بالعلم إلى خبر الواحد إنّما هي بالمعنى الّذي عرفت وسنوضحه أكمل إيضاح. ثمّ إنّ قوله في «المسالك»: دليل خبر الواحد ظنّي أوّل ممنوع كما يعلم ذلك من عَلِم علم الأُصول. وأمّا تخصيص الصحيح بالضعيف فذلك لم يعهد لأحد من قدمائنا وإنّما أحدثه الشيخ لغرض وعذر اعتذر به وهو ارتداد بعض من كان من الشيعة من جهة ما زعم من التناقض، فشرع الشيخ في الجمع والإتيان بالشواهد مهما أمكن ولم يجعل كلّ جمع ارتكبه مفتى به ومذهباً له. وقد أطال الأُستاد أدام الله تعالى حراسته في بيان ذلك في «الفوائد الحائرية[2]».

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٩٠ ـ ٣٩١.

(٢) الفوائد الحائرية: ص ١١٧ ـ ١٢٥.

ولو تغيّر اجتهاده قبل الحكم حكم بما تغيّر اجتهاده إليه.

ثمّ إنّ إيضاح مراد الشهيد بحيث لا يبقى مجال للإشكال يبتني على الفرق بين المراد بظهور بطلان الحكم وبين المراد بتغيّر الاجتهاد الّذي لا ينقض معه الحكم، فنقول: المراد بظهور البطلان هو العلم ببطلان الحكم الأوّل بظهور الدليل الناصّ في الباب على خلافه، وإنّما صار إلى خلافه لظنّ عدمه أو لغفلته عن ذلك حين الفحص، ولو ظفر به لما عدّاه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قطعيّاً أو ظنّياً خبر آحاد معمولاً به عنده عامّاً أو مفهوم موافقة أو مخالفة إذا كان حجّة عنده أو قياساً جليّاً فيرجع ذلك إلى الغفلة أو التقصير في السعي بناءً على ظنّ كفاية سعيه فاكتفى بأصل أو عدم ظهور خلاف، كأن يكون عمد إلى «المختلف» ولم يجده ذكر له دليلاً أو لم يذكر تلك المسألة مع أنّها خلافيّة فحسن الظنّ فظنّ أن لا دليل فحكم بخلاف الحقّ، كما وقع لكثير من أعاظم الفقهاء في كثير من المسائل ولا سيّما لمن تأخّر عن «المختلف والمسالك» ثمّ ظهر له ما ذكرناه من الأدلّة. والحاصل أن مثل ذلك إنّما يصدر عن خطأ أو غفلة أو تقصير في شرائط الاجتهاد ويعلم ذلك إذا كان هو الحاكم به أو أقرّ به الحاكم أو يعلم ذلك من حاله قطعاً، وهذا يخصّ (يحقّق خ) مخالفة القطعي، تأمّل. وقد أشار المصنّف إلى الأمرين بقوله: إلّا أن يقع الحكم خطأً بأن حكم ذلك لا لدليل قطعي ولا ظنّي أو لم يستوف شرائط الاجتهاد.

وأمّا تغيّر الاجتهاد: فهو أن ينظر الأدلّة ويتتبّع فيرجّح بعضها على بعض لمرجّح ثمّ يظهر له أنّ العكس أولى كما هو الشأن فيما تعارض فيه الأخبار أو عمومات الكتاب أو عمومات السنّة المتواترة، أو يكون ظهر عليه دليل آخر من محلّ آخر أو من كتاب آخر غير متداول كبعض الأصول بعد الفحص التامّ والتتبّع

المُبلي للعذر حيث لا يحتمل أنّ هناك دليلاً مع وجود القائل في الطرف الّذي أفتى به أوّلاً وكون المسألة خلافيّة، والحاصل أن يكون بحيث لا ينسب خلافه إلى الحكم من دون نظر ودليل. وهذا هو الّذي أراده الشهيد بالتفصيل، فأشار إلى الأوّل بقوله: وينقض الحكم إذا علم بطلانه ... إلخ وإلى الثاني بقوله: بخلاف ما تعارض فيه ... إلخ. والفرق بين الأمرين كثيراً ما دقّ على أُولى الأفهام، فلذا أطلنا في بيانه الكلام.

ثمّ اعلم أنّ هناك فرعاً قد يشتبه حاله من أيّ الأمرين هو؟ وذلك ما إذا ظهر خطأ الحكم لاستناده في الاجتهاد إلى دليل ظهر أنّه ليس بدليل في نفسه ولم يظهر له برهان على فساد هذا الحكم بل ظهر فساد مستنده، فهل يجب نقضه أم لا؟ احتمالان. والحقّ أن يقال: إن كان ظهر عليه فساد المستند وحصل له دليل ظنّي على خلاف ذلك الحكم الّذي استند إلى الدليل الفاسد فالواجب نقضه، فإن لم يحصل له دليل ظنّي بل أقصاه أنّه ظهر له فساد مستند الحكم لا غير فلا ينقض. وقد اضطرب في المقام كلام صاحب «الإيضاح[1]» كما يأتي بيانه.

ثمّ ليعلم أنّ هذا لا يخصّ الحكم بل هو جارٍ في الإفتاء جزماً.

فإن قلت: قد استمرّت طريقة الفقهاء على عدم النقض في ذلك، فلم نجد أحداً منهم ضرب على فتوى كانت له في كتاب خالفها في آخر.

قلت: إنّ مثل ذلك من تغيّر الاجتهاد لا من ظهور البطلان كما هو الظاهر في كثير من المواضع. وأمّا ما وجد من ذلك القبيل بأن يكون ظهر عليه الحكم الحقّ ولم ينقض الأوّل فلعلّه ينبئ أنّه أفتى أوّلاً بخلافه لغفلة أو تقصير ـ فتأمّل ـ أو يكون ذا كتاب واحد أفتى به لغفلة أو تقصير ولم يظهر عليه الحقّ إلى أن مات، على

(١) يأتي في ص ١٤٤.

أنّا نقول: إنّا وجدنا بعض الفقهاء إذا اطّلع على فتوى لآخر أو له وظهر عليه بطلانها نقضها وبالغ في نقضها.

فإن قلت: إذا أفتى الفقيه بفتوى ثمّ ظهر عليه بطلانها أو تغيّر اجتهاده فيها هل على المقلّد له العامل بالفتوى الأُولى وجوب الإعادة في العبادات ونحوها؟

قلت: لا شكّ في عدم وجوب الإعادة في الثاني كما أنّ الظاهر الإعادة في الأوّل عليه لا على مقلّده. أمّا عليه فلأنّه أخطأ في الطريق لا في الدليل ولا كذلك مقلّده فتأمّل.

وممّا ذكرنا يعلم وجه الاستناد في تحصيل الإجماع والشهرة إلى فتاوى الفقهاء وإن خالف الفقيه الواحد نفسه في الكتاب الواحد، لأنّ ذلك[1] من باب تغيّر الاجتهاد، ولا يجب الفحص عن فتواه الأخيرة. نعم يجب ذلك على مقلّده إذا كان حيّاً، لأنّه استند إلى ظنّه، فتأمّل جيّداً في هذا المقام فإنّه من مزالّ الأقدام. وهل إذا أفتاه المجتهد بحكم فسها وفهم خلاف الواقع، فهل يكون خطأً في الدليل أو خطأً في الطريق؟

وأمّا الدليل على وجوب النقض مطلقاً في حقّه وحقّ غيره إذا اتّضح الفساد إجماع أصحابنا وما تواتر عن أميرالمؤمنين عليه السلام من نقض ما أخطأت به الظلمة في أحكامهم ونصّ الكتاب المجيد حيث قال عزّ وجلّ: ﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله﴾ في الآيات[2] الشريفات الثلاث وأنّه إدخال في الدين ما ليس منه، إلى غير ذلك.

وقال أبو حنيفة ومالك[3]: إن خالف نصّ كتاب أو سنّة لم ينقض وإن خالف الإجماع نقض.

---

(١) في أكثر النسخ: لأن كان ذلك. (٢) المائدة: ٤٤ و٤٥ و٤٧.

(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ١٧٣، وبدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٤.

وليس عليه تتبّع قضايا من سبقه ولا قضاء غيره من الحُكّام فإن تتبّعها نظر في الحاكم قبله، فإن كان من أهله لم ينقض من أحكامه ما كان صواباً وينقض غيره إن كان حقّاً لله تعالى كالطلاق والعتق، وإن كان لآدمي نقضه مع المطالبة.

قوله: ﴿وليس عليه تتبّع قضايا من سبقه ولا قضاء غيره﴾ ربّما توهّم بادئ بدء أنّ هناك تكراراً وليس كذلك، إذ المراد ليس عليه تتبّع قضايا الحاكم الّذي سبقه إلى القضاء في ولايته ولا تتبّع قضاء غيره من سائر الحكّام.

قوله: ﴿فإن تتبّعها ... إلخ﴾ يريد فإن اتّفق أنّه تتبّعها فوجد بعضها باطلاً فعليه أن ينظر إلى الحاكم قبله من أهل ولايته لا في الحاكم الآخر، فإن كان الحاكم الّذي قبله من أهل الحكم لم ينقض بل يكفي عدم العلم بأنّه ليس من أهله.

قوله: ﴿وينقض غيره﴾ إذا خالف الدليل القطعي أو قطع بأنّه استند فيه إلى دليل لا يصلح لأن يكون عنده دليلاً لغفلة أو تقصير أو أقرّ الحاكم الأوّل بذلك.

قوله: ﴿إن كان حقّاً لله ... إلخ﴾ حكم المصنّف هنا وفاقاً «للمبسوط[1]» وبعض العامّة[2] أنّه لا ينقض حقّ الآدمي إلّا مع المطالبة، لأنّ صاحب الحقّ ربّما أسقطه. وأمّا إذا كان حقّاً لله تعالى فإنّه ينقضه، لأنّ له النظر في حقوق الله تعالى، خلافاً «للشرائع[3] والتحرير[4] والمسالك[5] والمجمع[6]» حيث لم يفرق فيها، لأنّ له الولاية العامّة. وسيقرّب المصنّف ذلك حيث يقول: والأقرب.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٠٢.

(٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٠٧.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٦.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٥.

(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٩٢.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٨٧.

فإن لم يكن من أهله نقض أحكامه أجمع وإن كانت صواباً على إشكالٍ ينشأ من وصول المستحقّ إلى حقّه.

ولو كان الحكم خطأً عند الحاكم الأوّل وصواباً عند الثاني ففي نقضه مع كون الأوّل من أهله نظر،

قوله: ﴿وإن كانت صواباً على إشكال﴾ هذا الفرع لا يتمّ إلّا في زمن الغيبة. والأقوى أنّ له نقضه، لأنّه حكم صدر من غير أهله.

قولك: الغرض وصول المستحقّ إلى حقّه وقد حصل، فيشبه من أتى من بعد استطاعته مكّة ـ شرّفها الله تعالى ـ لغرض فاسد ثمّ أتى بحجّة الإسلام، إنّما يتمّ في استيفاء الديون والأعيان المغصوبة ونحو ذلك، ومثل ذلك لا كلام فيه، إذ لا يتفاوت الحال فيها بصحّة الحكم وبطلانه بل لا فرق فيها بين وجود الحكمْ وعدمه، كما أنّه لا كلام في بطلان ما يتوقّف من الحقوق استيفاؤه على إذن الحاكم وضرب مدّة الظهار والإيلاء والمفقود زوجها، وكذا الحدود إذا أجراها، وكذا لو فعل قهراً ما لأهل القضاء أن يقهروا عليه من بيع أو فسخ أو طلاق أو عتق، إلى غير ذلك، فإنّه لا ينبغي لأحد أن يرتاب في بطلان جميع ذلك وإن وافقت الحقّ ومن هنا يظهر لك أنّ الحقّ التفصيل، وإن قلت: إنّ الأوّل ليس ممّا نحن فيه فالحقّ البطلان.

قوله: ﴿ولو كان الحكم خطأً ... إلى قوله: نظر﴾ كأن يكون مثلاً استند الحاكم الأوّل إلى الأصل وغفل أنّ هناك إجماعاً منقولاً على خلاف الأصل ولو تنبّه إليه لحَكَم بمقتضاه، لأنّه عنده حجّة، وقد كان الحاكم الثاني لا يرىٰ حجّيّة الإجماع المنقول فكان التمسّك بالأصل عنده صواباً. وقد استشكل المصنّف في المسألة من صحّة الحكم عنده وأهليّة الحاكم ومن أنّ الحاكم به يعتقد أنّه باطل

والأقرب أنّ كلّ حكم ظهر له أنّه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنّه ينقضه و يستأنف الحكم بما علمه حقّاً.

والحكم لا ينفذ إلّا إذا اعتقد الحاكم صحّته ولو تنبّه إليه نقضه، مضافاً إلى أنّه لاعبرة بما يفعله ساهياً، فربّما كان جانب النقض أقوى كما في «الإيضاح[1]».

قوله: ﴿والأقرب ... إلى قوله: حقّاً﴾ يريد أنّ الأقرب نقض الحكم مطلقاً وأن يستأنف الحكم بما علمه حقّاً، سواء كان حقّاً لله أو للناس، طالبوا به أم بعد لم يطالبوا، خالف الحكم السابق دليلاً قطعيّاً أو ظنّياً، لئلّا يدخل فيمن لم يحكم بما أنزل الله.

وليس قوله: الأقرب ... إلخ مقصوراً على ما إذا ظهر خطأ الحكم لاستناده في الاجتهاد إلى دليل ظهر أنّه ليس بدليل في نفسه ولم يظهر له برهان على فساد هذا الحكم بل ظهر فساد في مستنده كما في «الإيضاح[2]» حيث جعل أنّ هذا محلّ البحث، وقد علمت أنّه إن علم فساد المستند وقام له دليل ظنّي على الحكم بخلافه نقضه قطعاً، ولا كلام في ذلك كما علمت.

وأمّا هذا الفرض أعني ظهور فساد المستند وبقاء الحكم غير معلوم الدليل فغير معلوم تعرّض المصنّف له وإرادته من كلامه، كيف لا؟ وهو من تغيّر الاجتهاد. وليس هذا من المصنّف ﷺ رجوعاً عن الحكم بالنقض الّذي ظهر منه التفصيل منه سابقاً، إذ قد علمت الحال في ذلك وأنّ المذهب واحد وإن اختلفت العبارات ظاهراً. نعم هو رجوع عن القول بعدم النقض إذا كان حقّاً لآدمي إلّا مع المطالبة، فإنّ ظاهره هنا الرجوع عن ذاك.

(١ و ٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٠.

ولو زعم المحكوم عليه أنّ الأوّل حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه. وكذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأوّل أبطله.

وحكم الحاكم لا يغيّر الشيء عن صفته وينفذ ظاهراً لا باطناً. فلو علم المحكوم له بطلان الحكم لم يستبح ما حكم له، سواء كان مالاً أو عقداً أو فسخاً أو طلاقاً. فلو أقام شاهدي زور بنكاح امرأة لم يحلّ له وطؤها وإن حكم له بالزوجيّة، ويجب على المرأة الامتناع ما أمكنها، وعليه الإثم والمهر والحدّ إلّا أن يعتقد الاستباحة بذلك،

قوله: ﴿لزمه النظر فيه﴾ تقدّم الكلام في مثله من وجوب إحضاره، وإذا لم يقم بيّنة أنّه جار عليه هل عليه قيام البيّنة بالعدل أو القول قوله؟ ويزيد هنا أنّه قد يعسر جدّاً قيام البيّنة العارفة الحكم العدل من الجور.

قوله: ﴿أبطله﴾ أي وإن لم يطالبه، لوجوب الحكم بما أنزل الله.

قوله: ﴿وحكم الحاكم لا يغيّر الشيء عن صفته﴾ بالإجماع المنقول والمعلوم والأخبار كقوله ﷺ: أنا أحكم بالظاهر والله يتولّى السرائر[1]، وقال: إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنّما قطعت له قطعة من النار[2]. وخالف في ذلك أبو حنيفة[3] فيما إذا كانت الدعوى بسبب معيّن[4] كالبيع والنكاح فذهب فيه إلى تحريم الحلال وتحليل الحرام باطناً.

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٩٦، والإحكام للآمدي: ج ١ ص ٢٨١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٦٩ ب ٢ من أبواب كيفية الحكم ح ١.
(٣) الهداية: ج ٣ ص ١٠٧، والمغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٠٨.
(٤) كذا في نسخة، وفي سائر النسخ: مغيّر.

ولها أن تنكح في الباطن غيره لكن لا تجمع بين الماءين.

ولو شهد على طلاقه فاسقان باطناً وظاهرهما العدالة وقع واستباح كلّ منهما نكاحها على إشكال.

تتمّة:

صورة الحكم الّذي لا يُنقض أن يقول الحاكم:

قوله: ﴿لكن لا تجمع بين الماءين﴾ رأيت بعض الناس علّق على قوله هذا ـ في «القواعد» عندي ـ أنّه يفهم من هذه العبارة أنّها تستبرئ بحيضة.

قلت: بل يدلّ بظاهره على سقوط الاستبراء لو عزل أو لم ينزل. والحقّ أنّه أراد بقوله: لا تجمع ... إلخ أنّها لا تتزوّج إلّا بعد العدّة كما صرّح به الشهيد في «الدروس[1]» وإنّما غيّر العبارة ولم يقل: بعد العدّة، للإتيان بلفظ الخبر الّذي فهم منه وجوب العدّة، وهو ما ورد من النهي عن جمع ماءين في رحم[2]، ولأنّ ذكر العدّة يشعر بكونها بعد رفع الحكم بثبوت الزوجيّة ظاهراً كما هو المتعارف في العدّة، فكلّما كان نكاح الزوج قائماً ظاهراً لا يصدق هناك عدّة.

قوله: ﴿ولو شهد ... إلى قوله: على إشكال﴾ استشكل المصنّف هنا وكذا في طلاق هذا الكتاب[3] وطلاق «التحرير[4]» واستقرب في «الكفاية[5]» في كتاب الطلاق الاستباحة، نظراً إلى أنّ المعتبر في العدالة ثبوتها بحسب الظاهر دون الواقع. وكذا بعض من علّق على «القواعد» استناداً إلى قوله ﷺ: أنا أحكم بالظاهر

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٠.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٣٨٤ ح ٤٩.

(٣) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ١٣٠.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٦٥.

(٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٣٢٤.

قد حكمت بكذا أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت أو ادفع إليه ماله أو اخرج من حقّه أو يأمره بالبيع وغيره.

ولو قال: ثبت عندي، أو ثبت حقّك، أو أنت قد قمت بالحجّة وأنّ دعواك ثابتة شرعاً لم يكن ذلك حكماً ويسوغ إبطاله.

والله وليّ (يتولّى خ) السرائر[1]. وفي السندين نظر ظاهر.

والأصحّ كما ذهب إليه الفخر في «إيضاح الطلاق[2]» وبعض المحشّين ـ ولعلّه الشيخ عليّ بن هلال شيخ الصيمري تلميذ أبي العبّاس ـ أنّه لا يُباح بالنسبة إليهما ولا إلى غيرهما ممّن علم بفسقهما، وذلك لأنّ الاكتفاء بالعدالة في الظاهر على تقدير تسليمه إنّما هو في حقّ غيرهما لامتناع العلم اليقيني منه، أمّا هما فعلم كلّ واحد بحاله ضروريّ، وهو يعلم بطلان ما دلّ على الظاهر فلا يجزئ ظنّ غيرهما في حقّهما مع علمهما بكونه غير مطابق لما في نفس الأمر ضرورة، على أنّهم قد يقولون: إنّ العدالة شرط في نفس الأمر وقولك: ذلك ممتنع فيلزم التكليف بما لا يطاق، قلنا: الامتناع ممنوع، إذ قد يحصل العلم العادي بوجود الملكة لمكان آثارها. وقد سلف لنا تحقيق في ذلك، فليراجع.

قوله: ﴿قد حكمت بكذا﴾ لا يتعيّن فيه ذكر «قد» كما لا مانع من ذكره مع «قضيت» ونحوه.

قوله: ﴿وغيره﴾ أي غير البيع من المعاملات أو غير ما ذكر من الألفاظ ممّا يؤدّي معانيها.

قوله: ﴿لم يكن ذلك حكماً﴾ وإنّما هو شهادة يسوغ إبطاله بأن يقول:

---

(١) المجموع: ج ١٧ ص ٩٦.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٣ ص ٣١٤.

لم يثبت بعدُ ولابدّ لك من زيادة في البيّنة أو تزكية للشهود أو من تفريق لهم. وهذا التفصيل صرّح به الشهيد في «الدروس[1]» قال: فيقول: حكمت، أو قضيت، أو أنفذت، أو أمضيت، أو ألزمت. وقيل: يكفي ادفع إليه ماله، أو اخرج من حقّه، أو يأمره بأخذ العين أو بيعها. ولا يكفي أن يقول: ثبت عندي، أو إنّ دعواك ثابتة، فإنّه يجوز نقضه عند عروض قادح بخلاف الأوّل. وأشار إليه في «الدروس[2]» أيضاً حيث فرّق بين المحاضر والسجلّات، قال: المحاضر نسخ ما يثبت عند الحاكم، والسجلّات نسخ ما يحكم به.

وقال ابن حمزة[3] ما نصّه: والحكم أن يقول: حكمت، أو قضيت عليك بذلك، أو اخرج ممّا يثبت له عليك، أو ألزمتك به. وقال في «السرائر[4]» في موضعين: والحكم أن يقول له: ألزمتك ذلك، أو قضيت عليك به، أو اخرج إليه منه. وقال في «التحرير[5]»: وكيفيّة الحكم أن يقول الحاكم: ألزمتك ذلك، أو قضيت، أو اخرج عليه من ماله، أو ادفعه إليه. وفي «الإرشاد[6]»: حكمت، أو قضيت، أو اخرج من حقّه. وفي «المجمع[7]»: ونحو ذلك.

والظاهر أنّ قوله: ثبت حقّك عندي ونحوه حكم وقضاء، إذ القضاء في عرف الشريعة ـ كما في «السرائر[8]» ـ إظهار ما يفصل بين الخصمين قولاً أو فعلاً، وما بعد الثبوت عنده من فصل، إلّا أنّا نقول: إنّ قوله: قضيت لك أو عليك لا يقبل تشكيكاً، إذ ليس مشتركاً بينه وبين الشهادة كقوله: ثبت عندي، فإنّه مشترك بين القضاء والشهادة، فله أن يقول: لم أرد بقولي: ثبت عندي قضاءً وإنّما

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٦.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧١.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٧.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٦٥ و١٧٨.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٠.
(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٥٤.

وينبغي أن يجمع قضايا كلّ أسبوع ووثائقه وحججه ويكتب عليها: لشهر كذا أو لسنة كذا.

أردت الشهادة بخلاف الأوّل فتأمّل.

والّذي يظهر من أوّل عبارة المصنّف والشهيد أنّ هناك حكمين: أحدهما لا يقبل النقض والآخر يقبله عند عروض قادح كريبة ونحوها فإن أرادا به ما ذكرنا وإلّا فشيء لا نعرف عليه أمارة ولا دليلاً.

وليعلم أنّ السرّ في اختلاف عبارات الأصحاب في بيان صورة الحكم أنّه لمّا كان الأصل أن لا نحكم بشيء إلّا بعد التصريح منه بذلك وإلّا فعلمه بالقضيّة ليس حكماً ولا إخباره كذلك وإنّما الحكم صريح إنشائه وجب علينا أن نعلم صريح الإنشاء، فبعض يقول: «ادفع إليه» صريح وآخر يقول: قوله: «بعه» صريح، فالاختلاف اختلاف في الموضوع.

قوله: ﴿وينبغي أن يجمع قضايا كلّ أسبوع﴾ المراد بالقضايا السجلّات الّتي لا تنقض. قال في «المبسوط[1]»: فإن كان عمله واسعاً جمع ما اجتمع عنده منها وشدّها في إضبارة واحدة وكتب عليها: قضاء يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا، فإذا مضى أسبوع جمع ما اجتمع عنده وجعله في مكان واحد، وكذا في الشهر والسنة يجمع الكلّ في مكان ويكتبه على الجملة قضاء سنة كذا. فأمّا إن كان قليلاً جمع في قمطر بين يديه وختمه بخاتمه ورفعه، وإذا كان من الغد أحضره، فإذا اجتمع قضاء أسبوع أو شهر كتب عليه أسبوع كذا أو شهر كذا، لأنّه إذا احتاج إلى إخراج شيء لم يتعب فيه وأخرجه أسرع ما يكون.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١١٩.

الفصل السادس: في الإعداء

إذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم لزمه أن يعديه ويستدعي خصمه إن كان حاضراً، سواء حرّر المدّعي دعواه أو لا، وسواء علم الحاكم بينهما معاملة أو لا.

قوله: ﴿الفصل السادس في الإعداء﴾ الإعداء بالكسر: الإعانة أو الانتقام ممّن اعتدى، والاستعداء: طلب العدوى.

قوله: ﴿ويستدعي خصمه إن كان حاضراً﴾ هذا إذا لم يكن شاقّاً ولاكان امرأة في مذهب الأصحاب كما في «المسالك[1] والمبسوط[2]». ولا فرق في ذلك ـ مضافاً إلى ما ذكره المصنّف ـ بين كونه من أهل الصيانات والمروّات أو لا، فلا يتعيّن استدعاؤه إلى داره كما ذهب إليه بعض العامّة[3] حيث أوجب على الحاكم إحضار ذي المروّة إلى داره دون مجلس الحكم.

والحجّة عليه بعد ما عرفت من الإجماع الموافق للاعتبار ـ وإلّا لضاع الحقّ ـ ما استدلّ به له في «الخلاف[4]» ممّا روي عن النبيّ ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه» وفي بعضها: «على من أنكر» من دون تفصيل.

وتأمّل في «المجمع[5]» في هذا الحكم، قال: وفي الوجوب بل الجواز تأمّل إن لم يكن إجماع، إذ مجرّد الطلب إلى مجلس القاضي والدعوى ضرر وإهانة، ففعل ذلك من غير ظهور موجب محلّ تأمّل، وكون الظاهر صحّة دعواه لا يوجب ذلك، وهو ظاهر، على أنّ تحرير الدعوى لا يضرّه بوجه.

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٢٤.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٤.
(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٣٠١.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٥ المسألة ٢٣.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٩١.

ولو كان غائباً لم يستدعه الحاكم حتّى يحرّر الدعوى للمشقّة في النائي.

قلت: قال في «المبسوط [١] والسرائر [٢]»: ليس في ذلك ابتذال لأهل الصيانات والمروّات، فإنّ أميرالمؤمنين عليه السلام حضر مع يهودي عند شريح، وحضر عمر مع أُبيّ عند زيد ليحكم بينهما في داره، وحجّ المنصور فحضر مع جمّالين (حمّالين خ) مجلس الحكم لخُلف كان بينهما. والإنصاف أنّ الحضور ضرر وإهانة عند أصحاب المروّات.

وشرط مالك [٣] علم الحاكم بمعاملة بينهما استناداً إلى ما رووه [٤] عن علي عليه السلام أنّه قال: لا يُعدي الحاكم على خصم إلّا أن يعلم بينهما معاملة. قال في «الخلاف [٥]»: وهذه الرواية عندنا غير ثابتة.

قال في «المبسوط [٦]» في طريق الإحضار: إنّه ينبغي أن يكون عند القاضي في ديوان حكمه ختوم من طين قد طبعها بخاتمه يبعث مع الخصم إليه، فإن حضر وإلّا بعث بعض أعوانه ليحضر فإن حضر وإلّا بعث بشاهدين يشهدان على امتناعه، فإن حضر وإلّا استعان بصاحب الشرطة، انتهى.

وهل مؤنة الإحضار من المدّعي أو من خصمه أو من بيت المال؟ احتمالات.

قوله: ﴿ولو كان غائباً لم يستدعه حتّى يحرّر الدعوى﴾ في حكم

(١ و٦) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٤ و١٥٥.

(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧.

(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٣٠١.

(٤) المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤١١، وحلية العلماء: ج ٨ ص ١٤٨، والشرح الكبير: ج ١١ ص ٤١٦.

(٥) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٥ ذيل المسألة ٣٣.

وإن حرّر الدعوى أحضره إن كان في بعض ولايته ولا خليفة له هناك،

الغائب من شقّ عليه الحضور لمرض أو شغل أو رفعة ونحو ذلك.

والمراد بتحرير الدعوى: أن تكون مسموعة، كأن يكون صحيحة لازمة، ويأتي بيان ذلك مفصّلاً. فلو ادّعى الشفعة للجار أو مع تكثّر الشركاء أو ادّعى أمراً غير لازم كما لو ادّعى الهبة من دون إقباض أو نحو ذلك ـ كما يأتي ـ لم تُسمع.

قوله: ﴿وإن حرّر الدعوى ... إلى قوله هناك﴾ ولا من يصلح للنظر بينهما أحضره قريباً كان أم بعيداً، وفاقاً «للمبسوط[١] والخلاف[٢] والنافع[٣] والشرائع[٤] والدروس[٥] والمسالك[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨] والمجمع[٩] والمفاتيح[١٠]». وهو المنقول عن القاضي[١١]. قال في «الخلاف[١٢] والمبسوط[١٣]»: لأنّ الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها وترك تضييعها، فلو قلنا: لا يحضر لبطل الحقوق. وبه قال الشافعي[١٤].

وذهب الكاتب أبو عليّ ـ على ما نقل عنه[١٥] ـ إلى أنّه يحضره ما لم يبلغ البُعد مسافة القصر، فإذا بلغ لا يجب إلّا بعد أن يثبت المستعدي حقّه عند الحاكم، ولا يكفي التحرير فقط. وهو خيرة المصنّف في الفصل الثاني[١٦] في المحكوم عليه

(١ و١٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٥. (٢ و١٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٥ و٢٣٦ المسألة ٣٤.
(٣) المختصر النافع: ص ٢٧٢. (٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٧٨.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٧٤ ـ ٧٥. (٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٢٥.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٦. (٨) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٢.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٩١. (١٠) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٣.
(١١) نقله عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٤١٢.
(١٤) المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤١٣، والحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٣٠٤.
(١٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤١٠. (١٦) يأتي في ص ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

وإن كان له خليفة يحكم أو كان في غير ولايته أثبت الحكم عليه بالحجّة وإن كان غائباً.

و«المختلف[1]» والمحقّق الثاني في «حاشية الإرشاد[2]» وربّما لاح ذلك من ظاهر «الوسيلة[3]» وهو المنقول عن ظاهر «الجامع[4]» لما في ذلك من المشقّة.

قولكم: يلزم تضييع الحقوق، يندفع بأنّه يطالب المدّعي بالإثبات فإذا أثبت أحضر خصمه. قال في «المختلف[5]»: فإن حضر، وإلّا باع ماله ودفعه إلى المدّعي. قال: أمّا لو لم يتمكّن من الإثبات وطلب غريمه لإحلافه أو لم يكن له مال وكان بيد الغائب ما يقضي به الحقّ الثابت عند الحاكم فإنّ الحاكم هنا يبعث في طلبه.

وأطلق أبوعبدالله في «السرائر[6]» فلم يشترط التحرير ولا الثبوت، قال مانصّه: إذا استعدى رجل عند الحاكم على رجل فإن كان حاضراً أعدى عليه، وإن كان غائباً أحضره، سواء علم بينهما معاملة أم لا ... إلى أن قال: فإذا ثبت هذا فمتى حضر قيل له: ادّع الآن، فإن ادّعى لم تُسمع الدعوى إلّا محرّرة. ولم يتعرّض لهذا الفرع في «الغنية والكافي» وفي «المراسم».

قوله: ﴿وإن كان له خليفة ... إلى قوله: غائباً﴾ فقه المسألة أن يقال: إذا كان في غير ولايته لم يجب عليه أن يحضره وكان لهُ أن يحكم عليه بشرائط القضاء على الغائب ـ كما سيأتي إن شاء الله تعالى ـ وكذا إن كان في ولايته وله نائب أو من يصلح للقضاء لم يحضره كما أشار إليه المصنّف، وإن شاء أرسله إلى

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤١٠.
(٢) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٧.
(٣) الوسيلة: ص ٢٢٨.
(٤) نقله عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٨١.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤١٢.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧.

وللمستعدى عليهأن يوكّل من يقوم مقامه في الحضور وإن كان في البلد.

ولو استعدي على امرأة فإن كانت برزة فهي كالرجل،

خليفته أو من يصلح للحكم أو الوالي هناك أن يحكم بينهما، وإن شاء سمع البيّنة ويكتب إلى أحد هؤلاء من دون حكم، وإن كان لا يعرفها كتب: حضر فلان بن فلان فادّعي على فلان بن فلان كذا وأشهد به فلاناً وفلاناً ليكون الحاكم هناك هو الباحث عن عدالتهما إن لم يعرفهما. هذا إذا رضي المدّعي، وإن لم يرض فإن كان الحاكم خليفته سمع هو البيّنة وكتب إليه، وإن كان مستبداً غير خليفة له حكم عليه وهو غائب. وسيأتي في مبحث القضاء على الغائب ذكر هذه المسألة أيضاً.

قوله: ﴿وللمستعدى عليه أن يوكّل ... إلخ﴾ نبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة[1] وأحمد[2] حيث قالا: إنّه لا يلزم المستعدي أن يرضى به فيجبر المستعدى عليه على الحضور إن امتنع إن لم يرض المستعدي بالوكيل.

قوله: ﴿فإن كانت برزة فهي كالرجل﴾ مع أمن الطريق من هتك العرض ووجود المحرم. والمرجع في المخدّرة والبرزة إلى العادة والعرف، قال في «المبسوط[3]»: البرزة الّتي تبرز لقضاء حوائجها بنفسها. وقال أيضاً: والأصل في البرزة والمخدّرة في الشرع، أنّ العامريّة اعترفت عند النبيّ ﷺ بالزنا فرجمها، وقال في الأُخرى: واغد يا أُنيس على امرأة هناك فإن اعترفت بالزنا فارجمها فاعترفت فرجمها، فكانت العامرية برزة والأُخرى مخدّرة.

والأولى البعث إليها والتوكيل إلّا بالنسبة إلى بعض النساء الّتي لا تبالي بشيء من ذلك.

(١ و٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ٥ ص ٢٠٤.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٦.

وإن كانت مخدّرة بعث إليها من ينوبه في الحكم بينهما في بيتها أو توكّل من يحضر مجلس الحكم، فإن ثبت عليها يمين بعث الحاكم إليها أمينه ومعه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما. فإن أقرّت شهدا عليها.

قوله: ﴿بعث إليها من ينوبه في الحكم﴾ ظاهر إطلاقهم عدم اشتراط كونه مجتهداً لكنّه مقيّد بالضابطة الكلّية المقرّرة عندهم، وصرّح به في «السرائر[1]».

قوله: ﴿فإن أقرّت شهدا عليها﴾ قال في «التحرير»: فإن أنكرت أنّها المدّعى عليها طلب شاهدين من أنسابها يشاهدان أنّها المدّعى عليها ثمّ يحكم بينهما من وراء الستر، فإن لم يكن بيّنة التحفت بجلباب وخرجت من وراء الستر[2] انتهى.

قلت: فإن احتيج إلى الإسفار أسفرت، لما رواه جعفر بن عيسى بن يقطين عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام قال: لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة وليست بمسفرة إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأمّا إن لا تعرف بعينها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها وعلى إقرارها دون أن تسفر فينظروا إليها[3]. ومكاتبة الصفّار إلى الحسن بن علي عليهما السلام في رجل أراد أن يشهد على امرأة ... إلخ، فوقّع عليه السلام: تتنقّب وتظهر للشهود إن شاء الله تعالى[4].

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٨٤. (٢) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٣٧.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٩٧ ب ٤٣ من أبواب الشهادات ح ١.
(٤) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٦٧ ح ٣٣٥٠.

وللحاكم تعزير من يمتنع من الحضور والتوكيل، فإن اختفى نادى على بابه ثلاثة أيّام أنّه إن لم يحضر سمّر بابه وختم عليه، فإن لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادي إن لم يحضر أقام عنه وكيلاً وحكم عليه، فإن لم يحضر فعل ذلك وحكم عليه، وله أن يحكم عليه حال الغيبة ابتداءً.

ولو استعدى على الحاكم المعزول فالأولى للحاكم مطالبته بتحرير الدعوى صوناً للقاضي عن الامتهان، فإذا حرّرها أحضره، سواء ادّعى بمال أو بجور في حكم أو رشوة، وسواء كان مع المدّعي بيّنة أو لا.

قوله: ﴿وللحاكم تعزير من يمتنع... إلخ﴾ لأنّه يكون عاصياً.

قوله: ﴿وختم عليه﴾ قال في «التحرير[1]»: وجمع أهل محلّته وأشهدهم على إعدائه.

قوله: ﴿وحكم عليه وإن لم يحكم عليه حال الغيبة ابتداءً﴾ كما في بعض النسخ، وهو مختار الشيخ[2]. وسيأتي الخلاف فيه. وفي بعض النسخ: وله أن يحكم عليه حال الغيبة ابتداءً، فيكون اختياراً للقول الآخر كما سيأتي في الفصل الثاني في المقصد الخامس.

قوله: ﴿وسواء كان مع المدّعي بيّنة أم لا﴾ استناداً إلى أنّه ربّما اعترف إذا حضر. وقيل[3]: في دعوى الجور لم يحضره ما لم يكن له بيّنة لأنّه أمين

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٧ وفيه: أشهدهم على إعذاره.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٥.

(٣) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٨٣.

ولو ادّعى على شاهدين بأنّهما شهدا عليه بزور أحضرهما، فإن اعترفا غرّمهما وإلّا طالب المدّعي بالبيّنة على اعترافهما، فإن فقدها ففي توجّه اليمين عليهما إشكال أقربه ذلك.

ولو ادّعى أحد الرعيّة على القاضي، فإن كان هناك إمام رافعه إليه، وإن لم يكن وكان في غير ولايته رافعه إلى قاضي تلك البقعة، وإن كان في ولايته رافعه إلى خليفته.

الشرع وظاهر أحكامه العدل، وهذا أقوى، وقد وجدت بعض المحشّين على الكتاب ذهب إليه.

قوله: ﴿إشكال أقربه ذلك﴾ يريد أنّه إذا ادّعى على الشاهدين بأنّهما شهدا عليه زوراً بمال وحكم الحاكم عليه به واستوفي منه فهل يتوجّه عليهما اليمين أم لا؟ وقد جعل المصنّف أنّ الأقرب ذلك، وذلك لأنّهما لو أقرّا أُغرما، وكلّ موضع يوجب فيه الإقرار الغرم يوجب فيه الإنكار اليمين كما يأتي في الفصل الثاني في المقصد الرابع، ولأنّها ترجع في المعنى إلى دعوى مال أتلفاه، ولأنّهما منكران فيشملهما عموم ما دلّ على أنّ على المنكر اليمين. قال في «الإيضاح[1]»: أمّا لو ادّعى عليهما بمال وأنّهما أتلفاه بشهادتهما الكاذبة واستوفي منه بغير حقّ توجّهت اليمين قطعاً، وفي الفرق تأمّل. والوجه الآخر أنّه لم يدّع حقّاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا بردّ اليمين، ومن تطرّق الدعاوي في الشهادات فيفضي إلى الامتناع من إقامتها. وهذه مدخولة كما ترى، فالأقرب ما جعله المصنّف أقرب.

قوله: ﴿وإلّا[2] رافعه إلى خليفته﴾ أي إن كان المدّعي في ولاية القاضي

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٣.

(٢) كذا في نسخ الشرح، والمتن ـ كما ترى ـ هكذا: وإن كان في ولايته رافعه ....

ولم تتعدّد القضاة المنصوبون فيها ليرافعه إلى أحدهم رافعه إلى خليفة ذلك القاضي، ولا يجب إجابة المدّعي إلى الذهاب إلى غيره مع وجوده، لأنّ العدالة تمنع من التهمة. وقد يستدلّ[١] عليه بفعل أميرالمؤمنين عليه السلام مع شريح، قال في «المبسوط[٢]»: قالوا: وهذا يدلّ على أنّ الخليفة ليس وكيلاً ولا كالوكيل، وإنّما هو ناظر للمسلمين. قلت: قد سلف منّا تحقيق في المقام فليراجع.



(١) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٨٤. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٧٠.

المقصد الثالث

في الدعوى والجواب

وفيه فصول:

الأوّل: المدّعي

هو الّذي يترك لو ترك الخصومة، أو الّذي يدّعي خلاف الظاهر أو خلاف الأصل، والمنكر في مقابلته.

قوله: ﴿المقصد الثالث: في الدعوى والجواب﴾ الدعوى: لغةً الطلب، قال الله تعالى: ﴿ولهم ما يدّعون﴾[1] قيل: وشرعاً إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً بل وإلى غيره ملكاً كان أو حقّاً في يد غيره أو ذمّته، والمدّعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه.

قوله: ﴿المدّعي هو الّذي يترك ... إلخ﴾ لمّا كان الفقيه لابدّ له من معرفة المدّعي والمنكر ليعرف المطالب بالبيّنة والمطالب باليمين وليعرف الداخل

---

(١) يس: ٥٧.

فلو أسلما قبل الوطء فادّعى الزوج التقارن فالنكاح دائم وادّعت التعاقب، فالزوج هو الّذي لا يترك وسكوته،

من الخارج عند التعارض إذا قيل بتقديم بيّنة أحدهما تعرّض المصنّف لبيانهما ولما ذكرلهما من التعاريف. وجعل ذلك من كيفيّة الحكم ـ كما صنع في «اللمعة[1]» ـ يحتاج إلى تكلّف.

وقد ذكر المصنّف ثلاثة حدود. وربّما عبرّ عن الأوّل بأنّه الّذي يُخلّى وسكوته، وعن الأخيرين معاً بأنّه الّذي يذكر أمراً خفيّاً، لأنّ مخالف الأصل خفيّ كما أنّ مخالف الظاهر كذلك، وربّما خصّ هذا التفسير بالثاني. ولا يختلف موجبها غالباً كما إذا طالب زيد عمرواً بدين في ذمّته أو عين في يده، فإنّ زيداً مدّع بالمعاني الثلاثة. وقد يختلف ذلك في مواضع عديدة أشار المصنّف إلى بعضها بقوله: ﴿فلو أسلما ... إلخ﴾ وكان الأولى للمصنّف أن يقول: هو الّذي يذكرخلاف الظاهر دون «يدّعي» وإلّا للزم الدور، إلّا أن تقول: إنّه تعريف لفظيّ.

قوله: ﴿فالزوج هو الّذي لا يترك وسكوته﴾ يريد أنّ الزوج منكر على الأوّل.

قلت: وعلى الثالث أيضاً منكر، لأنّه موافق للأصل من وجهين، إذ الأصل بقاء النكاح والأصل عدم التعاقب، لاستدعائه تقدّم أحد الحادثين على الآخر والأصل عدمه. ولا يمكن التعلّق بأصل عدم التساوق والاقتران حتّى يكون الزوج مخالفاً له، لأنّ إسلامهما واقع كما هو المفروض. ونقل في «الإيضاح[2]» أنّه قيل: إنّ الزوج مدّع على الأوّل، لأنّه ترك وسكوته، وهو وهم، لأنّ البُضع في يده وهي تريد استنقاذه منه.

---

(١) اللمعة الدمشقية: ص ٩٥.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٤.

والمرأة تدّعي الظاهر وهو التعاقب لبُعد التقارن ففي تقديم أحدهما احتمال.

قوله: ﴿والمرأة تدّعي الظاهر ... إلخ﴾ يريد أنّ الامرأة منكرة على الثاني. وربّما توهّم[1] أنّه مدّعية عليه، لأنّها تدّعي ارتفاع النكاح والظاهر دوامه. ويندفع بأنّ الظاهر عدم هذا الظاهر. ولو قال هذا الزوج: أسلمت قبل فلا نكاح ولا مهر، وقالت: بل معاً فهي تترك وسكوتها وتدّعي خلاف الظاهر. وهو يدّعي خلاف الأصل. وينبغي التأمّل في عبارة «الإيضاح» فإنّ عبارة النسخة الّتي عندي مضطربة.

قوله: ﴿ففي تقديم قول أحدهما احتمال﴾ ربّما يقال[2] بتقديم قول الزوج، لأنّه منكر بالمعنيين، والظاهر هنا ليس عن مدرك شرعي فموافقته لاتجدي في المقام، والاستبعاد يبعد الاعتماد عليه وحده، إلّا أن تقول: هذا الاستبعاد كاد يكون في حكم الامتناع عقلاً أو عادة. ويؤيّده إنّي وجدت بعض المحشّين يقول: إنّ المتعوّل تقديم قول الامرأة هنا، لكن قد علمت أنّ مقتضى الأُصول والقواعد تقديم قول الزوج.

ثمّ اعلم إنّا لا نعوّل على أحدها عند اختلاف على الأوّل[3] أو الثاني أو الثالث دائماً عند اختلاف موجبها كما يصنع بعض الناس، فإنّ منهم من يعتمد الأوّل ولايلتفت إلى الأخيرين مراعاة لظاهر اللفظ، لأنّه إذا لم يكن للّفظ حقيقة شرعيّة يحمل على المعنى العرفي، فيكون الثاني قريباً من الأوّل، وقد علمت أنّ صاحب

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٤.
(٢) كما في كنزالفوائد: ج ٣ ص ٤٧٢.
(٣) كذا في الحجريّة، وفي مخطوطة: لا نعوّل على أحدهما إلّا عند اختلاف الأوّل ....

ويصدّق الودعيّ في الردّ باليمين للرخصة إن قلنا به.

«الإيضاح[١]» نقل عن بعض الناس تحقّق الحقيقة الشرعية، وآخرون يعتمدون على الأخير، وعليه بعض الفقهاء المعاصرين. وأمّا الثاني فقلّ من عوّل عليه، بل المدار عندنا على الترجيح، فإن كان الظهور قويّاً كأن يكون عن مدرك شرعي جعلنا مخالفه منكراً وإن وافق الأصل مثل ما إذا كانت في يده دار فادّعى زيد أنّها له، لأنّها كانت لأبيه. وكذا الحال فيما إذا كان الظهور لا عن مدرك شرعي كما إذا كان مجرّد استبعاد فإنّ الأصل والأوّل يقدّمان عليه ولا سيّما إذا كان الأصل مؤيّداً بمثله، وفي مثل ما إذا ادّعى الوكيل الردّ وأنكر المالك يقدّم الثالث على الأوّل والثاني، لأنّ الأصل مؤيّد بمثله وبالاستصحاب، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿ويُصدّق الودعيّ في الردّ باليمين للرخصة إن قلنا به﴾ هذا جواب سؤال أُورد، وتقريره: أنّ الودعيّ المدّعي ردّ الوديعة عليه اليمين ولا شيء من المدّعي عليه يمين، فكان شكلاً ثانياً نتيجته: أنّ الودعيّ المدّعي ردّ الوديعة ليس بمدّعٍ، فانتقض حدّكم طرداً، لأنّه مدّعٍ بالجميع، لأنّه يدّعي خلاف الأصل والظاهر ويترك وسكوته بالنسبة إلى الردّ.

والجواب بوجهين: الأوّل: ما أشار إليه المصنّف والشهيد[٢] من أنّ ذلك رخصة كأكل الميتة بالنسبة إلى المخمصة، والرخصة ما جاز فعله مع قيام المقتضي للمنع كما قرّر في فنّه، فيكون مستثنى من العمومات لمكان مصلحة العباد، فإنّه لو لم يُسمع قول الأمين لامتنع الناس من قبول الأمانات، فكانت الكبرى ممنوعة.

---

(١) لم يتقدّم نقل تحقّق الحقيقة الشرعية عن بعض فيما سلف من الشارح ولم نعثر عليه ايضا في الإيضاح.

(٢) الظاهر أنّ مراده هو الشهيد الأوّل في حواشية على قواعد الأحكام.

ويشترط في المدّعي البلوغ والعقل وأن يدّعي لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى منه ممّا يصحّ تملّكه.

فلا تُسمع دعوى الصغير ولا المجنون ولا دعواه مالاً لغيره إلّا مع الولاية كالوكيل والوصيّ والحاكم ونائبه ولا دعوى المسلم خمراً أو خنزيراً ولو على ذمّي. ولو ادّعى ثمنهما صحّ إذا أسند البيع إلى كفره.

ويشترط في الدعوى الصحّة واللزوم، فلو ادّعى هبة لم تسمع إلّا مع دعوى الإقباض، وكذا الوقف والرهن عند مشترطه فيه.

والثاني: أن نقول إنّه منكر، لأنّ المودع يدّعي خلاف الظاهر، لأنّ ظاهر الأمين الصدق في الردّ، وهو الّذي يترك وسكوته دون الودعيّ كما هو ظاهر ولو بالنسبة إلى الردّ، فالصغرى ممنوعة.

قوله: ﴿كالوكيل والوصيّ والحاكم ونائبه﴾ وكذا الأب والجدّ، ولكن لا يحلف ولا يحلّف، إذ لا فائدة للمولّى عليه في ذلك، إذ لعلّه إذا بلغ صالح.

قوله: ﴿ويشترط ... إلى قوله: الإقباض﴾ هذا وما بعده تفريع على اللزوم، وتَرْك التفريع على الصحّة لظهوره، إذ لا يرتاب أحد في عدم سماع دعوى المحال عقلاً أو شرعاً، أو أنّه ترَك ذلك لما سنذكره في الفصل الثاني في الحالف حيث اشترط توجّه دعوى صحيحة عليه فأخرج منه هناك ما إذا ادّعى على القاضي أو الشاهد الكذب ونحو ذلك كما سيأتي. ويحتمل أن يكون تفريعاً على الصحّة، وأمّا المجهول فيأتي الكلام فيه.

وقد حكم المصنّف بعدم سماع دعوى الهبة بدون دعوى الإقباض، لأنّ لها

جواباً فليس للحاكم حينئذٍ حكم بشيء أصلاً فيرجع إلى العبث، أو نقول بعبارة أُخرى: إنّ الإنكار فيما لا يلزم رجوع، أو لأنّه مع الإثبات لا يُجبر على التسليم.

وهذا الحكم ممّا لا أعلم فيه مخالفاً من الأصحاب بعد فضل التتبّع سوى المولى الأردبيلي [١] فإنّه تأمّل فيه. وربّما لاح ذلك من صاحب «المفاتيح [٢]» حيث قال: إلّا أن يقال إنّ الإطلاق محمول على الصحيح. وكان الأولى به أن يقول على اللازم، لأنّه قال في باب الهبة: إنّ القول بأنّ القبض شرط في صحّتها ليس بشيء [٣]. وأمّا المولى الأردبيلي فإنّه قال: المتبادر من الهبة عرفاً الهبة المقبوضة. وقال أيضاً: ما المانع من أن يدّعي الصحّة أوّلاً فيثبتها ويدّعي اللزوم؟ ثمّ إنّه يرد عليهم مثله فيما إذا ضمّ إليها دعوى القبض، إذ لعلّ الموهوب له أجنبيّ، على أنّه يرد مثله أيضاً في دعوى البيع، إذ على هذا لابدّ من دعوى انقضاء المجلس أو الأيّام الثلاثة في الحيوان ولا قائل به.

قلت: أمّا قوله في «المفاتيح»: إنّ الإطلاق محمول على الصحيح إن أراد بالصحيح اللازم فنمنع أنّ الإطلاق يحمل عليه، فبطل ما في «المجمع» أيضاً، وإن أرادبالصحيح المعنى الحقيقي فبعدتسليم حمل الإطلاق عليهوتسليمكونه ممّا نحن فيه ـ كما يأتي بيانه ـ نقول: أين الصحّة عن اللزوم الّذي لابدّ من ذكره في المقام؟

فإن قلت: لا نشترط في السماع اللزوم، قلنا: تبادر الصحّة لا يدلّ على عدم الاشتراط.

قوله في «المجمع»: ما المانع من أن يدّعي الصحّة أوّلاً فيثبتها عند الحاكم ثمّ يدّعي اللزوم، قلنا: هذا خروج عن موضوع المسألة، إذ المفروض أنّه ادّعى هبة غير مقبوضة ووقفاً كذلك وبيعاً في زمن الخيار كما صرّح بذلك الشهيد الثاني في

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١١٧.
(٢ و ٣) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٩ و ٢٠٢.

الروضة[١] وأشار إليه غيره، بل صريح احتجاجهم ينادي بذلك، فالمراد بالهبة في قولهم: فلو ادّعى هبة، الهبة الغير المقبوضة إمّا لأنّ الهبة ظاهرة في غير المقبوضة، إذ القبض واللزوم أمر زائد، أو لأنّ القيد معلوم بقرينة الاحتجاج ونحوه، على أنّا نقول: إنّ دعوى الهبة والبيع أوّلاً من دون تعرّض للزوم التسليم ثمّ بعد ذلك يدّعي لزوم التسليم عبث لا فائدة فيه، إذ هو تطويل من غير طائل، إذ لو قال للحاكم: إنّ فلاناً وهبني أو باعني وأُريد إثبات ذلك لصحّ للحاكم أن يقول له: لعلّه وهبك ولم يُقبض، ولعلّه باعك وشرط الخيار وفسخ. فإذا قال له: أُريد أن أُثبت البيع أوّلاً ثمّ أدّعي باللزوم، لكان حريّاً بالإعراض عنه وعدم الالتفات إليه. وعلى هذا لا مانع من أن يبقى إطلاق المصنّف والشهيد على حاله لأن كانت الدعوى حينئذٍ غير محرّرة فلا تسمع.

ويؤيّد هذا الاحتمال ما استدلّ به بعضهم لهذا حيث قال: الهبة أعمّ من المقبوضة.

قولك: ينتقض بالأجنبي، قلنا ذكر الإقباض من باب المثال، إذ هو أحد طرق اللزوم كما هو ظاهر.

قولك: يلزم مثله في البيع بالنسبة إلى الخيار، قلنا: على التقديرين لا يخالف أحد على هذا المفروض، فلابدّ لهم قطعاً بعد اشتراطهم اللزوم أن يقولوا: لابدّ للمدّعي أن يقول: بعتني ويلزمك تسليمه إليّ كما صرّح به الشهيد في «الدروس[٢]» والمصنّف في «التحرير[٣]» وصرّح بمثله في «السرائر[٤]» حيث قال محتجّاً لعدم سماع دعوى المجهول حيث ذهب إلى ذلك: لم تسمع دعواه، لأنّ دعواه لها جواب

---

(١) الروضة البهية: ج ٣ ص ٧٩.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٣.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٦.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧.

ولو ادّعى فسق الحاكم أو الشهود ولا بيّنة فادّعى علم المحكوم له أو المشهود له، ففي توجّه اليمين على نفي العلم إشكال، من حيث بطلان الحكم عنه مع الإقرار، ومن أنّه لا يدّعي حقّاً لازماً ولا يثبت بالنكول ولا اليمين المردودة، ولاشتماله على فساد.

فيما إذا يحكم الحاكم عليه، وكلّ من قال: لا تُسمع الدعوى إلّا محرّرة كصاحب «الوسيلة[١]» وغيره مصرّح بذلك عند التبصّر ومعرفة المراد من التحرير. وقد سلفت منّا الإشارة إليه، فأين قولك: ولا قائل به؟ إذ قد وجد القائل على كلا الاحتمالين من الإطلاق والتقييد، وكذا الحال في الوقف والرهن عند مشترط الإقباض في الرهن من دون فرق. وأطرف شيء أنّه أوّل ما صدّر الكلام يجعل وجه التأمّل أنّه إذا ثبت الهبة قد ترتّب عليها الفائدة مثل أن يكون ناذراً إقباض كلّ هبة وعدم الرجوع، وجعل الدليل على المسألة ما ذكره بعضهم: من أنّ الهبة أعمّ من المقبوضة وغيرها ولا يلزمه إلّا المقبوضة فلا فائدة في إثباتها. وهذا ينطبق على الاحتمال الأخير الّذي ذكرناه، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿فادّعى علم المحكوم له أو المشهود له﴾ ربّما يتوهّم التكرار وليس كذلك، وذلك لأنّ المراد بالمحكوم له والمشهود له المدّعي، وهو بعد حكم الحاكم محكوم له وقبله مشهود له غير محكوم له. ففي العبارة لفّ ونشر مرتّب، لأنّه لمّا ذكر أوّلاً فسق الحاكم والشهود رتّب عليه المحكوم له والمشهود له كما هو ظاهر.

قوله: ﴿ففي توجّه اليمين على نفي العلم إشكال﴾ استشكل المصنّف

---

(١) الوسيلة: ص ٢١٦.

هنا كما في «التحرير[١] والإرشاد[٢] وغاية المراد[٣]» وقال بالعدم في «الشرائع[٤] والإيضاح[٥] والدروس[٦] والمسالك[٧] والكفاية[٨]» لما ذكر المصنّف من أنّه ليس حقّاً لازماً، ولا يثبت بطلان الحكم باليمين والنكول، ولأنّه يثير فساداً وهو إجراء الناس على تحليف كلّ من حكم له وأشهد له. وزاد في «غاية المراد[٩] والإرشاد[١٠]» بأنّه كالدعوى على القاضي والشهود بتكذيبهم أنفسهم. وقد قيل: لا خلاف في عدم توجّه اليمين عليهما كما يأتي في مبحث الحالف، لأنّه يثير فساداً عظيماً عامّاً.

وحكم في «المجمع[١١]» بتوجّه اليمين إلّا في دعوى فسق الحاكم، لأنّ فيه فساداً. واحتجّ بما ذكره المصنّف من بطلان الحكم عنه بالإقرار، وهو وإن لم يكن حقّاً لازماً إلّا أنّه ينتفع في حقّ لازم.

قلت: فيشبه ما إذا قذف ميّتاً فطالب الوارث بالحدّ فادّعى علمه بما قذف به.

قال في «المجمع» قولك: لا يثبت بالنكول واليمين، فيه: إنّا لا نحصر فائدة الدعوى والإحلاف في حصول المال و ثبوته بالنكول أو بردّ اليمين، وهو ظاهر ويوجد أمثاله.

قلت: لعلّه يريد ما مثّلنا به من قذف الميّت. وسيأتي له أنّه لو قال المنكر: ما أعلم بالحقّ أنّه لا يقضى عليه بالنكول ولا يجب الردّ بل يحلف على نفي العلم، وهو خلاف ظاهر الأصحاب، إذ ظاهرهم إمّا القضاء بالنكول أو ردّ اليمين.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٦.
(٢ و ١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.
(٣ و ٩) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٩.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٧.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٦.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٦٢.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٠.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٢.

ولو التمس بعد إقامة البيّنة عليه إحلاف المدّعي على الاستحقاق أُجيب.

قال: ولا فساد في الجرح، لأنّه جرح في حاجة وهو جائز.

قلت: يؤيّده أنّ المصنّف فيما مضى قرّب توجّه اليمين على الشاهدين إذا ادّعى عليهما أنّهما شهدا زوراً، على أنّ العلّة ربّما قيل بسريانها فيما إذا ادّعى جرح القاضي والشهود وأقام على ذلك بيّنة، إذ قد يقال: إن الفساد أيضاً هنا واقع، فليتأمّل.

قوله: ﴿ولو التمس ... إلى قوله: أُجيب﴾ يريد أنّه لو ادّعى أنّه أقرضه مثلاً مائة درهم وشهدت البيّنة على التسليم دون الثبوت في الذمّة فالتمس المنكر إحلافه على الاستحقاق أُجيب. وليعلم أنّ هذا إنّما يكون بعد أن ادّعى المنكر البراءة من ذلك، إذ التماس الإحلاف دليل عليه، وإلّا فلا خلاف بين أصحابنا كما في «الخلاف[1]» وغيره أنّه لا يحلفه على عين ما أقام به البيّنة كما يأتي في المسألة الثانية، بل ما خالف في ذلك أحد سوى النخعي والشعبي وشريح وابن أبي ليلى[2]، فالقيد مأخوذ جزماً.

وقد يستدلّ[3] على هذا الحكم بقول أميرالمؤمنين عليه السلام لشريح: وردّ اليمين على المدّعي مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء[4]. لأنّه على تقدير ثبوته لابدّ وأن يحمل على ما إذا استحلفه المنكر على الاستحقاق، أو على ما إذا كانت

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٣٣٥ المسألة ٦.

(٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ١٢ ص ١٦٩، الشرح الكبير: ج ١٢ ص ١٨٠.

(٣) كما في المسالك: ج ١٣ ص ٤٦٠، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥٥.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٥٥ ب ١ من أبواب آداب القاضي ح ١.

ولو التمس المنكر يمين المدّعي مع الشهادة لم يلزم إجابته.

الدعوى على ميّت أو طفل أو مجنون أو يكون المراد بالبيّنة شاهداً واحداً.

إذا عرفت هذا، فقد اختلف الناس في كيفيّة التحليف حينئذٍ، فقال قوم: أيّ شيء ادّعى المنكر، فإنّ المدّعي يحلف «ما برأت ذمّتك من ديني» فإذا قال هذا أجزأه، لأنّها لفظة تأتي على كلّ الجهات، فإنّ الذمّة إذا كانت مشغولة بالدين أجزأه أن يقول: «ما برأت ذمّتك من حقّي». قال في «المبسوط [١]»: هذا القدر عندنا جائز كاف. وقال قوم: يحلف «أنّه ما اقتضاه ولا شيئاً منه ولا اقتُضي له ولا شيء منه، ولا أحال به ولا بشيء منه، ولا أبرأه ولا بشيء منه ولا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصله إليه، وإنّ حقّه لثابت» قال: وهذا أحوط منه وآكد. فأمّا قوله: «وإنّ حقّي لثابت» فلا خلاف في أنّه ليس بشرط. قال: إذا كانت الدعوى مبهمة، فقال: «ما له قبلي حقّ» أو «برأت ذمّتي من حقّه» فإنّه يحتاج إلى هذه الألفاظ كلّها حتّى يأتي بجميع جهات البراءة. أمّا لو ادّعى أنّه أبرأه منه أو قد أحال به لم يحلف المدّعى عليه على أكثر من الّذي ادّعاه عليه، انتهى كلامه ــ رضي الله تعالى عنه ــ. وبذلك حكم المحقّق [٢] وغيره [٣].

قوله: ﴿ولو التمس المنكر ... إلى قوله إجابته﴾ يريد أنّه إذا التمس المنكر يمين المدّعي على عين ما أقام به البيّنة لم تجب إجابته، للنصّ والإجماع. أمّا النصّ: فلما ورد في رواية أبي العبّاس [٤] عن الصادق عليه السلام: إذا أقام الرجل البيّنة على حقّه فليس عليه يمين. ومثله رواه محمّد [٥] عن الباقر عليه السلام. وأمّا الإجماع

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٠.

(٣) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٨٧ ــ ٤٨٨.

(٤ و٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٨ و١٧٧ ب ٨ من أبواب كيفية الحكم ح ٢ و١.

ولو ادّعى الإقرار فالأقرب الإلزام بالجواب.

فمعلوم ومنقول في «الخلاف» كما علمت. وأمّا قول أميرالمؤمنين [١] لشريح فبعد تسليمه عرفت حال تنزيله.

قوله: ﴿فالأقرب الإلزام بالجواب﴾ أي تُسمع دعواه أنّ خصمه أقرّ له بحقّ، فإن أنكر حلّفه كما في «الإيضاح [٢] وغاية المرام [٣]» للصيمري و«جامع المقاصد [٤]» في باب الهبة و«المسالك [٥]»، لأنّه ينتفع به مع التصديق، ولأنّ المعتبر ثبوت الحقّ ظاهراً ونكوله يثبت عليه الحقّ أو مع يمين المدّعي، والمدّعي يجوز له الحلف على أنّه أقرّ بذلك ويثبت به الحقّ، إذ لا يشترط في استحقاق المقرّ له علمه بالسبب لمقتضى الإقرار بل يجوز له أخذه تعويلاً على إقراره ما لم يعلم فساد السبب، فجاز استناد الإقرار إلى سبب لا يعلمه المقرّ له كالنذر والجناية والإتلاف. ويشمله عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». وتردّد في «التحرير [٦] والإرشاد [٧] والشرائع [٨] والدروس [٩] وغاية المراد [١٠]» لأنّه ليس حقّاً لازماً ولا سبباً لثبوته في نفس الأمر بل إذا ثبت قضى به ظاهراً، ولهذا لو علم المدّعي كذبه في الإقرار لم يستحلّ ما أقرّ به له وإنّما هو إخبار، ولما ذكرنا،

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٥٥ ب ١ من أبواب آداب القضاء ح ١.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٦.
(٣) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٣.
(٤) جامع المقاصد: ج ٩ ص ١٥٠.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٦٣.
(٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٦.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.
(٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٧.
(٩) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٤.
(١٠) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٩.

ولا يفتقر إلى الكشف في نكاح وغيره إلّا القتل.

والمعتمد ما قرّبه المصنّف كما عرفت.

قوله: ﴿ولا يفتقر إلى الكشف في نكاح وغيره إلّا القتل﴾ يريد أنّه لا يفتقر في سماع الدعوى إلى الكشف عن الخصوصيّات في نكاح ولا في غيره من العقود وغيرها إلّا القتل.

وفقه المسألة أن يقال: هنا ثلاثة أشياء يجب البحث عنها: الأملاك المطلقة والعقود والقتل.

أمّا الأملاك المطلقة ـ عيناً كانت أو ديناً ـ فلا يجب الكشف عنها إجماعاً معلوماً ومنقولاً في «المبسوط[1]» وغيره[2] حتّى «المسالك[3] والمفاتيح[4]» بل لا مخالف في ذلك من العامّة أيضاً، للأصل والمشقّة العظيمة.

وأمّا العقود ـ ما عدا النكاح ـ فكذلك إجماعاً. ووافقنا جمّ غفير من العامّة ما عدا الشافعيّة فإنّهم فيه على ثلاثة أقوال: أحدها: كما قلنا. الثاني: الاشتراط مطلقاً. الثالث: الاشتراط إن تعلّق بجارية للاحتياط في الفروج[5].

وأمّا النكاح فكذلك لا حاجة فيه إلى الكشف مطلقاً سواء ادّعى الزوجيّة أو النكاح، وما وجدت فيه مخالفاً بل الإجماع عليه منقول في «المسالك[6] والكفاية[7] والمفاتيح[8]». وربّما يتوهّم[9] الاحتياج فيه إلى الكشف، للاحتياط في الفروج،

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٩.
(٢) كشف اللثام: ج ١٠ ص ٨٨.
(٣ و٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٦٤ و٦٥.
(٤) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٩.
(٥) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٨٧، المغني لابن قدامة ج ١٢ ص ١٦٦.
(٧) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٠.
(٨) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٩ ـ ٢٦٠.
(٩) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٣.

ولأنّ الوطء لا يستدرك فائته كالقتل. وهو فاسد، لأنّ الاحتياط فيها لا يقتضي التفصيل في الدعوى بل يحتاج إلى الحجّة في الإثبات وعدم الحكم بوجوده وعدمه إلّا بالحجّة، بل قد يؤول ذلك إلى عدم الاحتياط، إذ قد تكون الزوجيّة الصحيحة معلومة ونسي تفصيلها، فلو لم يسمع مثلها لأدّى إلى الحكم بعدم الزوجيّة فتتزوّج الزوجة بآخر مع أنّها زوجة غيره. وأمّا قولك: لا يستدرك فائته، فخطأ أيضاً، لأنّه يستدرك بردّها وبالمهر.

وأمّا القتل: فقد قال في «المبسوط[1]»: إنّه لابدّ فيه من الكشف إجماعاً، وفي «المسالك[2]» نسبه إلى المشهور. وحينئذٍ فلابدّ من الوصف بالعمد أو خلافه وبأنّه قتله وحده أو مع غيره بالمباشرة أو التسبيب للخلاف في أسبابه وعظم خطره وعدم استدراك فايته. وحكم في «الدروس[3] والشرائع[4]» في القصاص بأنّ الأقرب الاكتفاء في القتل بعدم التفصيل. وهو ظاهر «المجمع[5]» وربّما لاح أو ظهر ذلك من «الشرائع[6]» هنا حيث قال في المقام: وربّما افتقر في القتل إلى الكشف. وهذا لا بأس به إن لم يقم الإجماع على خلافه، إذ غايته أنّه لا يمكن إثبات حكم بخصوصه إلّا أنّه يثبت أصله ولا سيّما مع عدم إمكان التفصيل بالنسيان والاشتباه وبحكم الأصل يمكن أن يحكم بالخطأ، إذ لو لم يسمع مثله لأدّى إلى إبطال دم امرئ مسلم مع إمكان إثباته بوجه، ولا ضرر في ذلك إذ يمكن المصالحة فليتأمّل.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٦٠. (٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٦٤.

(٣) الموجود في الدروس هو الجزم بالتفصيل حيث قال: «... أمّا القود فلابدّ من التفصيل للخلاف في أسبابه وعظم خطره» فراجع الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٣.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٢١٧. (٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٣.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٧.

ولو ادّعت أنّه زوجها كفى في دعوى النكاح وإن لم تضمّ شيئاً من حقوق الزوجيّة، فإن أنكر حلف مع عدم البيّنة، فإن نكل حلفت وثبت النكاح. وكذا البحث لو كان هو المدّعي.

قوله: ﴿ولو ادّعت أنّه زوجها ... إلخ﴾ أشار بهذا الفرع إلى خلاف العامّة، فإنّهم خالفوا[1] هنا في مقامين: الأوّل: إنّهم قالوا: لابدّ من ضمّ حقوق الزوجيّة من النفقة والمهر وغيرهما بناءً على أنّ ذكرها لمجرّد الزوجيّة إقرار لا دعوى. وفيه: إنّ الزوجيّة أمر مستقلّ يمكن دعواها وإثباتها فيترتّب عليها اُمور اُخر فكيف يكون إقراراً لا دعوى وما الوجه في ذلك؟ الثاني: إنّهم يقولون: إنّ الزوج إذا أنكر مع عدم البيّنة فإنكاره طلاق فلا حاجة إلى تحليفه، وهو كما ترى.

قال في «التحرير[2]» بعد أن حكم بثبوت النكاح إذا نكل الزوج وحلفت: وفي تمكين الزوج منها إشكال من إقراره على نفسه بتحريمها ومن حكم الحاكم بالزوجيّة.

قلت: وأمّا هو فحرام عليه أن يطأها إلّا أن يكون اعتقد حلّيّة ذلك لمكان حكم الحاكم. وأمّا لو كان هو المدّعي للزوجيّة كما أشار إليه المصنّف فلا إشكال في استحقاقها المهر بالوطء إن قهر بها أو قلنا بوجوب التمكين لحكم الحاكم بالزوجيّة أو اعتقدت ذلك، والظاهر عدم استحقاقها لشيء منه بدون الوطء لإقرارها بذلك إلّا أن تقول: إنّها لمّا كانت محبوسة عليه استحقّت النفقة بدون وطء. والظاهر أنّ العامّة لا يخالفون هنا في تحليفها وعدم الحاجة إلى ضمّ شيء.

---

(١) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ٣١٢ ـ ٣١٣.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٧.

ولا تسمع دعوى هذه بنت أمتي، لجواز ولادتها في غير ملكه ولو قال: ولدتها في ملكي، لاحتمال الحرّيّة أو تملّك غيره، ولا تسمع البيّنة بذلك ما لم يصرّح بأنّها ملكه. وكذا البيّنة وكذا: هذه ثمرة نخلتي. ولو أقرّ ذو اليد بذلك لم يلزمه شيء لو فسّره بما ينافي الملك.

قوله: ﴿وكذا لو قال: ولدتها في ملكي﴾ ظاهر لقطة «التذكرة[1]» الإجماع على سماع الدعوى وقبول البيّنة، وهو خيرة لقطة «المبسوط[2]».

قوله: ﴿وكذا: ثمرة نخلتي﴾ وكذا: لو ضمّ أثمرتها في ملكي، لاحتمال أن يكون باع ثمرتها قبل الإثمار بشرائط صحّتها ولاحتمال خروجها عن ملكه. وكذا الحال في البيّنة.

وهذا وما قبله الظاهر أنّه تفريع على اللزوم، وفيه من المسامحة ما لا يخفى، إذ الظاهر من اشتراط اللزوم إخراج ما يكون ملكاً ولكنّه غير لازم. وهذا وسابقه غير ظاهر في الملك، ولعلّ هذين متفرّعان على اشتراط التملّك فتأمّل.

قوله: ﴿ولو أقرّ ذو اليد بذلك لم يلزمه شيء ... إلخ﴾ كما في «الشرائع[3] والتحرير[4]» وظاهر هذه أنّه لو لم يفسّره كذلك يحكم عليه بالتسليم، لأنّ الأصل إذا كان للمدّعي وقد اعترف المدّعى عليه أنّ هذا الفرع من الأصل الّذي له فيلزم أن يكون الفرع له بحسب إقراره حتّى يعلم عدمه. وإلى ذلك مال في «المجمع[5]».

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٧ ص ٣٦٣ ـ ٣٦٤.
(٢) المبسوط: ج ٣ ص ٣٥١.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٨.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٧.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١١٩.

وفي «الإرشاد[1]» ترك هذا القيد فقال: ولو أقرّ الخصم بذلك لم يحكم عليه، فلم يفرق بين الدعوى والإقرار في عدم سماع شيء منهما. وهو خيرة «المسالك[2]». وفي «المجمع» اختار عدم الفرق بين الإقرار والدعوى في السماع وعدمه إلّا أنّه حكم بأنّ الدعوى والإقرار هنا مسموعان، فوافق الإرشاد والمسالك في عدم الفرق وخالفهما حيث حكم بالسماع هنا دونهما. قال في «المسالك» بعد أن استظهر عدم السماع فيهما كما عرفت: والفرق بين الدعوى والإقرار لا يخلو عن إشكال، لأنّ الاحتمال قائم على تقدير الإقرار والدعوى، والعمل بالظاهر في الإقرار دون الدعوى بلا دليل. قال في «المجمع[3]»: وهو كذلك، فإنّه إذا كان الإقرار مسموعاً كانت الدعوى كذلك، لاحتمال أن يقرّ بالمدّعى فيلزمه ويلزم المطلوب، وكذا البيّنة، بل الظاهر أن لا يعتبر التصريح في الإقرار، إذ لو فسّر إقراره بالمحتمل عرفاً بل غير ذلك سُمع، مثل لو فسّر المال العظيم بشيء قليل جدّاً وأراد بالعظيم من حيث الحلّيّة، فيحتمل أن يقبل هنا الدعوى والبيّنة خصوصاً في ثمرة النخل، ولكن يقبل منه في الإقرار التفسير بما ينافيه، وكذا نزاعه بعد البيّنة بأن يقول: إنّها ليست صريحة في المطلوب.

قلت: مختار المصنّف هنا والمحقّق هو الحقّ، لأنّه قد تسالم الناس على أنّ الإقرار بالمجمل والمجهول مسموع حذراً من رجوعه لو اُلزم بالتحرير بخلاف المدّعي، لأنّه لا يرجع لوجود الحاجة فيه دونه، والدعوى أمر مرغوب عنه عند الشارع. ولذا فرّق الشيخ والحلّي والشهيد وغيرهم بين الإقرار والدعوى في المجهول فحكموا بالسماع في الأوّل دون الثاني كما يأتي إن شاء الله تعالى. ولمّا

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٦٧.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٠.

ولو قال: هذا الغزل من قطنه أو هذا الدقيق أو الخبز من حنطته لزمه.

والأقرب سماع الدعوى المجهولة ـ كفرس أو ثوب ـ كما يُقبل الإقرار به والوصيّة.

كانت الدعوى في المقام مجملة محتملة لا تسمع لما عرفت، ولمّا كان الإقرار مسموعاً مطلقاً حتّى في المجهول فضلاً عن المحتمل فإذا أقرّ بأنّها ثمرة نخلته ولم يفسّر ذلك بما ينافي الملك يحكم عليه ويسمع إقراره إلّا أن يأتي بتفسير محتمل عرفاً.

قوله: ﴿ولو قال: هذا الغزل من قطنه لزمه﴾ لأنّ الغزل والدقيق ليسا فرعين بل عين بتغيّر ما. وقد يقال: إنّه يجوز أن يكون قد انتقل إلى مغزله وطاحنه. ويجاب بأنّ إقرار ذي اليد مقتضي الملك ظاهراً فيحكم به حتّى يثبت مزيله.

قوله: ﴿والأقرب سماع الدعوى المجهولة﴾ وفاقاً «للنافع[1] والإرشاد[2] والإيضاح[3] والروضة[4] والمجمع[5] وتعليق النافع وكشف الرموز[6] والمسالك[7] والمقتصر[8] والكفاية[9] والمختلف[10]» في باب الإقرار و«المفاتيح[11]» خلافاً «للمبسوط[12] والكافي[13] والوسيلة[14]

---

(١) المختصر النافع: ص ٢٧٦.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣ ـ ١٤٤.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٧.

(٤) الروضة البهية: ج ٣ ص ٧٩.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٤.

(٦) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠٥.

(٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٦.

(٨) المقتصر: ص ٣٨٠.

(٩) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٤.

(١٠) مختلف الشيعة: ج ٦ ص ٤٧.

(١١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٩.

(١٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٦.

(١٣) الكافي في الفقه: ص ٤٤٥.

(١٤) الوسيلة: ص ٢١٦.

وهل يشترط الجزم؟ إشكال فإن سوّغنا السماع مع الظنّ جوزّنا اليمين على التهمة ولا ردّ هنا.

والغنية[١] والسرائر[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] والتذكرة[٥]» في باب الإقرار. و«المبسوط[٦] والسرائر[٧]» أيضاً في باب الإقرار.

واحتجّ الأوّلون بأنّه ربّما علم المدّعي أنّ له عليه كذا ولا يعلم خصوصيّاته فلو دفعنا دعواه ضاع حقّه، ثمّ يلزم الخصم بالتعيين إذا أقرّ ويحلف على نفي الزائد أو عين ما عيّنه إن ادّعى عليه المدّعي أحدهما، بل لو كلّف المدّعي بالبيان من ذكر الجنس والوصف ونحو ذلك لانسد باب الدعاوي في كثير من المواطن.

احتجّ الآخرون بامتناع الحكم بالمجهول، وفرق بينه وبين الإقرار حيث يسمع بالمجهول، إذ لو كلّفناه التحرير لربّما رجع بخلاف الدعوى. وأيضاً فالرجوع هنا مطلوب مرغوب مسموع بخلافه في الإقرار. قالوا: هذا كلّه إذا لم يكن وصيّة، فإن كانت وصيّة تسمع الدعوى فيها وإن كانت مجهولة. والفصل بينها وبين سائر الحقوق: أنّ تمليك المجهول بها يصحّ فيصحّ أن تدّعى مجهولة، وليس كذلك غيرها، لأنّ تمليك المجهول به لا يصحّ فلا يصحّ الدعوى به إلّا معلومة انتهى[٨].

وكذا دعوى الإقرار بالمجهول لمثل ما ذكر، والفتوى والاحتياط على الأوّل.

وهل يفرق في ذلك بين الدعوى على الغائب والدعوى على الحاضر؟ احتمالان سيأتي بيانهما في المقصد الخامس في القضاء على الغائب.

قوله: ﴿وهل يشترط الجزم؟ إشكال﴾ قال الشهيد في «غاية المراد[٩]»

---

(١) غنية النزوع: ص ٤٤٤.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧.
(٣) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٥٥.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٤.
(٥) تذكرة الفقهاء: ج ١٥ ص ٢٩٥.
(٦) المبسوط: ج ٣ ص ٤.
(٧) السرائر: ج٢ص ٤٩٩.
(٨) المبسوط: ج٨ص١٥٦.
(٩) غاية المراد: ج ٤ص ٣٠.

والصيمري في «غاية المرام[1]» والشهيد الثاني في «المسالك[2]» والكيدري على ما نقل[3] عنه والمحقّق في «الشرائع[4]» بحسب الظاهر: إنّ المراد باشتراط الجزم في الظاهر أي يشترط في المدّعي أن يكون جازماً ظاهراً بأن تكون صيغة دعواه: لي عنده كذا، لا بأن يقول: أظنّ أو أتوهّم، ولا يشترط بالنسبة إلى المدّعي أي إن لم يكن جازماً بالنسبة إلى نفس الأمر حرمت عليه الدعوى، فإنّ من المعلوم أنّه إذا كان للإنسان بيّنة تشهد له بحقّ وهو لا يعلم أنّ له أن يدّعي عند الحاكم لتشهد البيّنة له به.

والظاهر أنّ المراد من قولهم: إنّه لا يشترط في المدّعي أن يكون جازماً في نفس الأمر إنّما هو في صورة يقرّ فيه المدّعى عليه ثمّ ينكر وفيما إذا قامت للمدّعي بيّنة بالحقّ، وأمّا في ما عدا ذلك كالظنّ والوهم فخارج عندهم عن حقيقة الدعوى وماهيتها، لأنّ المتبادر الجزم عرفاً، وبهذا ترفع كلّ وصمة كما يأتي.

وقضى العجب من ذلك المولى الأردبيلي في «المجمع[5]» وتبعه صاحب «الكفاية[6]» قال في «المجمع»: كيف يكون ذلك وهو كذب وتدليس بغير ضرورة؟ مع أنّه ما ذكر التورية فلا يجوز، كيف ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول وبردّ اليمين وأنّه لابدّ من العلم ليأخذ وليحلف؟ والعجب من الشارح ـ يريد به الشهيد الثاني ـ أنّه ذكر ذلك حيث قال: ووجه ما اختاره المصنّف أنّ الدعوى يلزمها أن يعقبها يمين المدّعي أو القضاء بالنكول، وهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحقّ، فإذا كان وجه المصنّف هو لزوم العلم كيف يكون مقصوده جواز الدعوى مع

---

(١) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٨.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٦.

(٣) نقله عنه الشهيد في غاية المراد: ج ٤ ص ٣١.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٢.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٦.

(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٤.

عدم العلم والظنّ مع الإتيان بعبارة دالّة على العلم؟

قلت: إذا كانت البيّنة والإقرار علمين شرعيّين ـ كما هو معلوم وكما هو فرض المسألة ـ صحّ لمن كان له بيّنة عادلة أو أقرّ عند رجل بحقّ أن يبرز دعواه بصيغة الجزم ولا كذب ولا تدليس وإن لم يكن قاطعاً بذلك في نفس الأمر. فمن حيث إنّ البيّنة والإقرار علم شرعي وقد أرسى الشارع ﷺ قواعد شرعيّة عليهما جاز له أن يدّعي وأن يأخذ المال، ومن حيث إنّهما لا يفيدان القطع في نفس الأمر لا يجوز له أن يحلف، فكلام القوم هو الصواب. ولو كان الأمر كما ذكر فوجب على الحاكم الاستفسار في اللفظ المحتمل كقوله: لي عليه كذا، فيقول الحاكم: هل أنت جازم أم لا؟ لاستلزام الجهل بالشرط الجهل بالمشروط فلا يحصل الجزم بسماع الدعوى، لكنّ الأُستاد العلّامة ـ أدام الله تعالى حراسته ـ قال: إنّ الدعوى وإن كانت خبراً ظاهراً إلّا أنّها إنشاء في الواقع، فقول المدّعي: لي عنده كذا، معناه إنّي أطلب منه كذا، والإنشاء ليس فيه صدق ولا كذب، وأقام على ذلك أدلّة وبراهين لم يصل إليها فهمي. قال: إذا ثبت هذا صحّ إبراز الدعوى بصورة الجزم وإن كان في موضع التهمة، ولا كذب ولا تدليس، لمكان الإنشاء، قال: وبهذا يندفع اعتراض الأردبيلي ﷺ. نعم إذا أبرزها بصورة الظنّ والوهم تكون خارجة عن حقيقة الدعوى عند من لا يسمع كذلك. فلو كان ظانّاً وأبرزها بصورة «لي عنده كذا» بمعنى أُريد منه كذا لأن كان إنشاءً كان للحاكم سماعها، لأنّها تكون من أفراد الدعوى، بل لو علم القاضي بأنّه ظانّ، فليتأمّل.

والأُستاد الشريف ـ أطال الله بقاءه ـ أجاب بأنّ الكذب حيث يورده في صورة الجزم في موضع التهمة أو حيث يكون ظانّاً لا عن بيّنة ولا عن إقرار مستثنى من تحريم الكذب، لمكان إحقاق الحقّ واستنقاذ المال.

وأنت إذا عرفت التحقيق الّذي ذكرناه، وهو الظاهر من كلام القوم إن لم يكن صريحهم ـ كما يظهر ذلك لمن أمعن النظر ـ عرفت أنّ مورد النزاع إنّما هو لفظ «أظنّ» أو «أتوهّم» والناس في هذه المسألة على أنحاء، ففي «الكافي[1] والغنية[2] والشرائع[3] والنافع[4]» وظاهر «الوسيلة[5]» أنّه لابدّ من الجزم. وهو المنقول[6] عن الكيدري، ونسبه إلى المشهور في «الكفاية[7]» وقوّى في «الإيضاح[8] والمجمع[9]» عدم اشتراطه. ونفي عنه في «غاية المراد[10]» البأس، وإليه مال في «المسالك[11]». وفصّل في «الروضة[12] وتعليق النافع» للمحقّق الثاني بالسماع فيما يعسر الاطّلاع عليه.

وبالجملة قالوا بالسماع في التهمة كالقتل والسرقة كما هو مختار الشيخ الفقيه نجيب الدين أبي إبراهيم محمّد بن نما الحلّي ﴿﴾[13] وربّما لاح ذلك من «الدروس[14]» ولم يُفتِ بشيء في «التحرير والإرشاد وغاية المرام والكفاية والمفاتيح».

احتجّ الأوّلون بأنّ الدعوى توجب التسلّط على الغير بالإلتزام بالإقرار أو بالإنكار أو التغريم ولا أقلّ من الحضور إلى مجلس الحكم وأنّ فيه الإهانة وهو إنزال ضرر منفيّ بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» ولأنّ الدعوى في معرض أن يتعقّبها يمين المدّعي أو القضاء بالنكول وهما غير ممكنين، أمّا الأوّل فلامتناع الحلف على الظنّ، وأمّا الثاني فلامتناع ثمرته، إذ لا يستحلّ الغريم أن يأخذه

---

(١) الكافي في الفقه: ص ٤٥٠.
(٢) غنية النزوع: ص ٤٤٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٢.
(٤) المختصر النافع: ص ٢٧٦.
(٥) الوسيلة: ص ٢١٦.
(٦) نقله عنه الشهيد في غاية المراد: ج ٤ ص ٣١.
(٧) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٤.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٨.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٥.
(١٠) غاية المراد: ج ٤ ص ٣٢.
(١١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٨.
(١٢) الروضة البهية: ج ٣ ص ٧٩.
(١٣) نقله عنه المحقّق في الشرائع: ج ٤ ص ٨٢.
(١٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٤.

بمجرّد إنكار المدّعي، ولأنّه بعيد عن شبه الدعوى، إذ المعهود من الدعوى القول الجازم، مضافاً إلى ما لعلّه يظهر من دعوى الإجماع عليه في «الغنية» وقد نسبه إلى المشهور في «الكفاية» كما عرفت، على أنّ ترك الدعوى أمر مرغوب مطلوب.

لا يقال: يرد عليهم فيما إذا أبرزها بصورة الجزم بإقرار المدّعى عليه فإنّه لا يتمكّن من الحلف، لأنّا نقول على الحاكم أن لا يسمع الدعوى إلّا بصورة الجزم، فإذا أبرزت كذلك فسمعها ثمّ أنكر المدّعى عليه وردّ اليمين فلم يحلف المدّعي لأن كانت عن إقرار فإنّما هو فعل الحاكم ما عليه أن يفعله.

احتجّ الآخرون بالأصل وعموم قوله تعالى[1]: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾، ﴿فلا وربّك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم﴾ قالوا: ونمنع أنّ المتبادر من الدعوى الجزم ونمنع لزوم اليمين بالردّ والقضاء بالنكول في كلّ الدعاوي بل إنّما يكونان فيما إذا كانت الدعوى مع العلم، وإذا لم يكن هناك علم ولا بيّنة لم تثبت الدعوى، سواء حلف المدّعي عليه أو (نكل خ) أو ردّ. هذا أقصى ما يستدلّ لهم.

وأمّا من استدلّ بأنّ الجزم لو كان شرطاً لم يكف اللفظ بل كان يجب عليه الاستفسار فيقول: هل أنت جازم أم لا؟ فلم يعرف محلّ النزاع، إذ قد علمت أنّ المراد بالجزم الجزم اللفظي الشرعي لا الجزم القلبي.

قلت: للأوّلين أن يقولوا: إنّ الأصل مقطوع بالضرر المعلوم والعموم مخصوص به، مضافاً إلى ما عرفت من عدم فائدة الدعوى حين عدم الجزم لو أنكر، ونحن لم نستدلّ بالتبادر إن سلّم عدمه. وأمّا الأخير فمسلّم لكنّ في دليلنا الأوّل مع ما يظهر من دعوى الإجماع بلاغ إلّا أن يقول هؤلاء إنّا لا نسلّم الضرر، سلّمنا لكنّه

---

(١) المائدة: ٤٩، والنساء: ٦٥.

وإن شرطنا علم المقدار افتقر في الأثمان إلى ذكر الجنس والقدر والنقد.

معارض بمثله وهو تضييع الحقّ. والفائدة تحصل فيما إذا أقرّ، إذ لعلّه إذا عرض عليه الحلف وخوّفه الحاكم يقرّ، والإجماع لم نتحقّقه، فتأمّل.

وممّا ذكر في الحجّتين عرف الوجه في الاستشكال والتوقّف عن الفتوى.

هذا، ولقد رأيت من يقول: إنّ التفصيل ـ كما ذهب إليه ابن نما ـ منقول. قلت: وإنّه موافق للقواعد وكأنّهم مطبقون عليه في باب القصاص.

وتفصيله أن نقول: كلّ موضع يمكن فيه الجزم لا يقبل فيه إلّا الجزم، فلو قال: «أظنّ» أو «عندي وهم» أنّ فلاناً اقترض منّي ونحو ذلك من المعاملات فلا أظنّ أنّ الشارع جوّز للحاكم أن يسمع دعواه ويرسل إلى خصمه فيحضره، وأمّا ما لايمكن العلم به غالباً كالسرقة والقتل و نحوهما فيقبل فيه الظنّ والتهمة لمكان الضرورة واستمرار الطريقة. فإن حلف المتّهم برأ، وإن أقرّ اُلزم، وإن نكل عنهما قضي عليه إن قضينا بالنكول في غيره، بل ويحتمل في المسألة ذلك وإن لم نقض به في غيره، أو يحبس حتّى يقرّ أو يحلف على احتمال آخر، أو توقّف الدعوى وليس له الردّ لامتناع الحلف من المدّعي ولو مع شاهد واحد.

هذا والاقتصار على موضع الوفاق أدنى للصواب وأقرب للاحتياط.

بقي هناك فرع: وهو أنّه لو عاد المدّعي بعد نكول المنكر عن اليمين وادّعى العلم فهل يسمع أم لا؟ قوّى الشهيدان في «غاية المراد[1] والمسالك[2]» السماع.

قوله: ﴿وإن شرطنا علم المقدار افتقر في الأثمان إلى ذكر

---

(١) غاية المراد: ج ٤ ص ٣٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٣٨.

وفي دعوى غيرها إلى الوصف بما يرفع الجهالة، ولا يحتاج إلى ذكر قيمته وذكرها أحوط، ويجب فيما لا مثل له ذكرها.

الجنس والقدر والنقد﴾ ذكر الجنس أن يقول: فضّة أو ذهب، والنقد من الغالب أو غيره ومن أنواع الغالب إن تعدّد، فلا تُسمع الدعوى مطلقة حتّى تنصرف إلى نقد البلد، بخلاف البيع فإنّه لو باع ثوباً بألف مطلقاً انصرف إلى نقد البلد. والسرّ في ذلك أنّ الدعوى إخبار عمّا كان واجباً عليه، وذلك يختلف باختلاف الأزمان والبلدان، فلذا لا تسمع إلّا محرّرة. وليس كذلك الشراء، لأنّه إيجاب في الحال فلهذا ينصرف إلى نقد البلد كقِيَم المتلفات. ويظهر ذلك فيما إذا كان في البلد نقود مختلفة فإنّه حينئذٍ لا يصح أن يطلق الثمن بل لابدّ أن يكون موصوفاً. وقد نبّه على جميع ذلك الشيخ في «المبسوط[1]».

قوله: ﴿ولا يحتاج إلى ذكر قيمته﴾ يريد أنّه في غير الأثمان ترفع الجهالة بالوصف ولا حاجة إلى ذكر القيمة.

قلت: هذا إذا أمكن الضبط بالوصف ولم تتلف العين.

قوله: ﴿ويجب فيما لا مثل له ذكرها﴾ يريد أنّ ما لا مثل له كالجواهر والعبيد والثياب لابدّ من ذكر القيمة.

قلت: هذا إنّما يتمّ إن قلنا إنّ الجهالة لا ترفع إلّا بها، وإلّا فلو ارتفعت بدونها لم يجب.

وقد استثنوا[2] من اعتبار الضبط والعلم ـ بعد الوصيّة والإقرار ـ ما إذا كان الضبط والتعيين مترتّباً على الدعوى كمدعيّة التفويض الطالبة للفرض[3] والواهب

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٧.
(٢) كما في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٠.
(٣) في النسخ: كمدّعية التعويض الطالبة للعوض، والصواب ما أثبتناه من المسالك.

الفصل الثاني: فيما يترتّب على الدعوى

وإذا تمّت الدعوى فالأقرب أنّ الحاكم لا يبتدئ بطلب الجواب من الخصم إلّا بعد سؤال المدّعي ذلك، لأنّه حقّ له فيتوقّف على المطالبة. فإذا سأله الحاكم فأقسامه ثلاثة:

يطلب العوض إذا شرطه. وزاد بعضهم[1]: ما إذا ادّعى أنّ له طريقاً في ملك الغير أو حقّ إجراء الماء. وهذا كما ترى، إذ هذه الدعوى كغيرها.

الفصل الثاني: فيما يترتّب على الدعوى

قوله: ﴿فالأقرب أنّ الحاكم لا يبتدئ بطلب الجواب﴾ خلافاً لظاهر «النهاية[2] والكافي[3] والغنية[4] والمراسم[5]» وصريح «المبسوط[6] والتحرير[7] والمجمع[8]» وغيرها[9]. ووفاقاً «للمبسوط[10]» حيث صحّح أوّلاً التوقّف عندنا ثمّ قوّى العدم و«السرائر[11] والشرائع[12] والإرشاد[13] والوسيلة[14] والدروس[15]» وغيرها[16]. وفي «الإيضاح[17] والمسالك[18]» أنّه مستحبّ على الأقرب.

---

(١) روضة الطالبين: ج ٨ ص ٢٨٩.
(٢) النهاية: ص ٣٣٨ و ٣٣٩.
(٣) الكافي في الفقه: ص ٤٤٥.
(٤) غنية النزوع: ص ٤٤٤.
(٥) المراسم: ص ٢٣١.
(٦) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٧.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٨.
(٩) المهذّب: ج ٢ ص ٥٨٤.
(١٠) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٨.
(١١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٨.
(١٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٢.
(١٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(١٤) الوسيلة: ص ٢١٧.
(١٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٧.
(١٦) رياض المسائل: ج ١٣ ص ٨٤.
(١٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٨.
(١٨) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٠.

الأوّل: الإقرار

فإذا أقرّ وكان جائز التصرّف حكم عليه إن سأله المدّعي، بأن يقول له: قد ألزمتك، أو اخرج إليه من حقّه، وما شابهه.

يدلّ على توقفه على المطالبة إجماع «المبسوط[1]» ـ على الظاهر ـ وأنّه حقّ فلا يكفي فيه شاهد الحال. والأمر في ذلك هيّن والاستحباب ممكن والاحتياط بيّن. لكن ينبغي التنبيه على شيء، وهو أنّه إذا أجاب بالنفي فعند القائل بالتوقّف وجوباً لا يكفي في توجّه اليمين بل يعيد السؤال.

قوله: ﴿إن سأله المدّعي﴾ أي وإن لم يسأله يتوقّف وفاقاً «للمبسوط[2] والوسيلة[3] والسرائر[4] والشرائع[5] والإرشاد[6] والنافع[7] والدروس[8] والمسالك[9] والروضة[10] والمفاتيح[11]» وغيرها[12]، وخلافاً لظاهر «النهاية[13] والكافي[14] والمراسم[15] والغنية[16]» وظاهر «الشرائع[17]» في أوّل البحث حيث نسبه إلى القيل وصريح «المجمع[18] وغاية المراد[19]» واحتمله في «التحرير[20]».

حجّة الأوّلين ظاهرة وهي أنّ الحقّ له فيتوقّف على طلبه.

(١ و٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٧ و١٥٨.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٧.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٧٨.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٢.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(٧) المختصر النافع: ص ٢٧٦.
(٨) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٧.
(٩) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٣.
(١٠) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨١.
(١١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٥.
(١٢) كشف اللثام: ج ١٠ ص ٩٢.
(١٣) النهاية: ص ٣٣٩.
(١٤) الكافي في الفقه: ص ٤٤٥.
(١٥) المراسم: ص ٢٣٠.
(١٦) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(١٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٣.
(١٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٨.
(١٩) غاية المراد: ج ٤ ص ٣٣.
(٢٠) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.

احتجّ الآخرون بقيام شاهد الحال وكون الحقّ له لا يستلزم توقّفه على طلبه أو أنّه بعد الإحضار صار الحكم بعد ظهور الحقّ حقّ الحاكم فيحكم طلب أم لا، فكان أقوى من سؤال الجواب فإنّه قبل ثبوت شيء.

واعلم أنّه قال في «الإرشاد[١]»: فإن اعترف حكم عليه الحاكم مع التماس المدّعي وإلّا يثبت الحقّ، وقد نبّه بذلك على أنّه يثبت الحكم بمجرّد الإقرار ولا يتوقّف ثبوته على حكم الحاكم كالبيّنة لأنّها منوطة باجتهاد الحاكم في قبولها وردّها فلا يثبت الحقّ بمجرّد إقامتها، وأمّا الإقرار فلكلّ أحد أن يحكم بثبوت الحقّ بذمته ويشهد عليه فالحاكم أولى، كذا أفاد الشهيد في «غاية المراد[٢]» ولعلّه لذلك نسبه في «الشرائع[٣]» في مقام الإقرار إلى القيل وفي مقام قيام البيّنة جزم بتوقّفه على حكم الحاكم.

وقد تأمّل في ذلك الأردبيلي[٤] وقال: لم يقدر أحد أن يحكم أو يشهد بثبوته في ذمّته بل بإقراره، فليس الحكم إلّا للحاكم. ثمّ قال: وظاهرهم يدلّ على الجواز وهو غير بعيد انتهى.

قلت: صرّح الحلّي في «السرائر[٥]» أنّ الحكم في الإقرار متوقّف على حكم الحاكم. وقال في «التحرير[٦]» بعد أن احتمل جواز الحكم من دون مسألة: أمّا لو كان المدّعي جاهلاً بمطالبة الحاكم فإنّ الحاكم يحكم عليه أو ينبّهه على ذلك لئلّا يضيع حقّه بجهله فيترك المطالبة.

هذا، والّذي تتبّع الأخبار في القضايا الواقعة في زمن رسول الله صلى الله عليه وآله وزمن أمير المؤمنين عليه السلام والأئمّة المعصومين عليهم السلام قطع بأنّ للحاكم أن يسأل المدّعى عليه

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(٢) غاية المراد: ج ٤ ص ٣٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٣.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٢٩.
(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٧٨.
(٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.

ولو التمس أن يكتب له عليه كتاباً لزمه إن كان يعرفه باسمه ونسبه،

ويحكم عليه من دون التماس المدّعي، والأمر أوضح شيء.

قوله: ﴿ولو التمس بأن يكتب له عليه كتاباً لزمه﴾ إن أعطاه القرطاس والقلم والمداد أو كان الإمام بذله من بيت المال كما يأتي. وظاهره وجوب الإجابة، وقد ذكر فيه في «المبسوط[1]» خلافاً من دون ترجيح.

وجه الوجوب: أنّه حجّة له كالحكم والإشهاد. ووجه العدم: أنّ الّذي يجب عليه إنّما هو الحكم والإشهاد لمكان الدليل، وأصل العدم وأصل البراءة وأصل الإباحة تقضي بذلك.

وفي «المسالك[2]»: أنّ القول بالوجوب أشهر، ثمّ قال بعد ذلك: والمعروف بين الأصحاب الوجوب.

قلت: لم يصرّح بالوجوب فيما أجد سوى المصنّف هنا حيث قال: لزم، إن قلنا إنّ هذه الكلمة صريحة فيه، وفي «التحرير[3]» قال: كتب، كما في «الدروس[4] واللمعة[5]» وفي «الإرشاد[6]» قال: اُجيب.

وهذه على تقدير التنزّل، فقوله[7]: إنّه ظاهرة في الوجوب، فكأنّ القائل به من الأصحاب فيما أجد ثلاثة. وظاهر «النهاية[8] والخلاف[9] والكافي[10] والمقنعة[11]

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١١٤.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤١٦.

(٣) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.

(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٧.

(٥) اللمعة الدمشقية: ص ٩٥.

(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.

(٧) في نسخة: تقول، وفي اُخرى يقول.

(٨) النهاية: ص ٣٤١.

(٩) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢١ المسألة ١٦.

(١٠) الكافي في الفقه: ص ٤٤٥.

(١١) المقنعة: ص ٧٢٤.

أو يعرفه عدلان أو يشهد عليه بالحِلْية.

والمراسم[1] والغنية[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والنافع[5]» وصريح «المجمع[6]» عدم الوجوب. ولو لا مخافة الإطالة لنقلنا عبارات هذه الكتب.

والحاصل: أنّ كثيراً منها قيل فيه: ولو سأله المقرّ [له] أن يكتب إقراره لم يجز له ذلك إلّا أن يكون عارفاً[7]، وفي بعض: لم يكتب إلّا أن يعلم[8]، وفي بعضها: ولايكتب على المقرّ حجّة إلّا أن يعلم[9]، وفي «الغنية[10]»: وإن آثر إثبات اسمه أثبته، وهذه ظاهرة في عدم الوجوب، فتأمل. نعم قد يعرض الوجوب إذا كان وصول الحقّ موقوفاً على الكتابة أو نحو ذلك كأن لا يكون للحكم أثر بدونها.

قوله: ﴿أو يعرفه عدلان أو يشهد عليه بالحِلْية﴾ كما في «المبسوط[11] والخلاف[12] والشرائع[13] والنافع[14] والتحرير[15] والإرشاد[16] والدروس[17] واللمعة[18] والمسالك[19] والمجمع[20]» وقد ترك في «النهاية والمقنعة والكافي والمراسم والغنية والسرائر» ذكر الحِلْية.

---

(١) المراسم: ص ٢٣٢.
(٢) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ١٦٢.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٣.
(٥) المختصر النافع: ص ٢٧٣.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٠.
(٧) كما في النهاية: ص ٣٤١، الكافي في الفقه: ص ٤٤٥، المقنعة: ص ٧٢٤.
(٨) كما في شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٣.
(٩) كما في المختصر النافع: ص ٢٧٣.
(١٠) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(١١) المبسوط: ج ٨ ص ١١٥.
(١٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٢ المسألة ١٦.
(١٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٣.
(١٤) المختصر النافع: ص ٢٧٣.
(١٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٢.
(١٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(١٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٧.
(١٨) اللمعة الدمشقية: ص ٩٥.
(١٩) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤١٦.
(٢٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٠.

وإن سأله أن يشهد على إقراره شاهدين لزمه أيضاً. فإن دفع إلى الحاكم ثمن القرطاس من بيت المال وإلّا كان على الملتمس الثمن. ولا يجب على الحاكم دفع الثمن من خاصّته.

فإن ادّعى الإعسار وثبت صدقه إمّا بالبيّنة المطّلعة على حاله أو بتصديق الخصم لم يحلّ حبسه

وقد اعترض في «السرائر[1]» على ذكر الحلية والتعويل عليها بأنّه لا دليل ولا مستند على اعتبارها وبأنّه مصير إلى أنّ للإنسان أن يعمل بما يجد به خطّاً مكتوباً من غير ذكر الشهادة ومن غير قطع على من شهد عليه ورجوع إلى العمل بكتاب قاض إلى قاض، وجميع ذلك باطل.

قال في «المختلف[2]»: والتحقيق أنّه لا مشاحّة هنا، لأنّ القصد تخصيص الغريم وتمييزه عن غيره وإزالة الاشتباه فإن حصل ذلك بالتحلية جاز، واللوازم الّتي ذكرها ابن إدريس غير لازمة، لأنّ المطلوب جعل الخطّ مذاكراً ومنبّهاً على القضيّة، فإذا وقف الإنسان على خطّه فإن ذكر القضيّة أقام الشهادة وإلّا فلا، انتهى.

قوله: ﴿وإن سأله ... إلى قوله: لزمه﴾ هذا لم يتّضح لديَّ دليله، فحاله كحال كتابة المحضر، كيف لا؟ وقد قالوا: إنّ ثبوت الحكم بالإقرار لا يتوقّف على حكم الحاكم، فتأمّل.

قوله: ﴿لم يحلّ حبسه﴾ باتّفاق أصحابنا ـ رضي الله عنهم ـ وخالفت الحنفيّة فقال بعض: يحبسه بعد البيّنة شهراً، وبعض: شهرين، وبعض: ثلاثة، وبعض: أربعة[3] حتّى يغلب على الظنّ أنّه لو كان له مال لم يصبر على حبس تلك المدّة.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٦٢.

(٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٣.

(٣) الهداية: ج ٣ ص ١٠٤.

وأُنظر إلى أن يوسر. فإن مات فقيراً سقط. وإن عرف كذبه حبس حتّى يخرج من الحقّ. وإن جهل بحث الحاكم، فإن ثبت إعساره أُنظر ولم يجب دفعه إلى غرمائه ليستعملوه.

قوله: ﴿وأُنظر إلى أن يوسر﴾ مع الإحلاف أو لا معه على ما مرّ في الحجر[١] من أنّ في المسألة قولين أجودهما الثاني، للأصل والكتاب والسنّة والإجماع. أمّا السنّة: فخبر الأصبغ[٢] وغياث بن إبراهيم[٣]: إنّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، فإذا تبيّن له إفلاس الرجل وحاجته خلّى سبيله حتّى يستفيد مالاً. وخبر السكوني[٤]: إنّ امرأة استعدت علياً عليه السلام على زوجها أنّه لا ينفق عليها وكان معسراً فأبى أن يحبسه، وقال: إنّ مع العسر يسراً. وخبر زرارة[٥]: كان علي عليه السلام لا يحبس في السجن إلّا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن ائتمن على أمانة فذهب بها. وأمّا الإجماع: فلانحصار الخلاف في ابن حمزة، على أنّه منقول كما يأتي بيان ذلك كلّه.

قوله: ﴿فإن مات فقيراً سقط﴾ ليس المراد السقوط من رأس بل يجوز أن يحتسب عليه صاحب الدين زكاة ماله أو خمسه ونحو ذلك. وليعلم أنّه لا حرج عليه إن استدان بحقّ ولم يتهاون في الأداء.

قوله: ﴿حتّى يخرج من الحقّ﴾ إمّا بنفسه أو يباع عليه ماله ويعطى صاحب الحقّ.

قوله: ﴿فإن ثبت ... إلى قوله: ليستعملوه﴾ أعاد ذلك توطئة لذكر أنّه

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٥٨ ـ ٥٩.

(٢ و٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٠ و١٨١ ب ١١ من أبواب كيفية الحكم ح ١ و٢.

(٣ و٤) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٤٨ ب ٧ من أبواب الحجر ح ١ و٢.

لم يجب دفعه إلى غرمائه وما بعده، وكان الأولى أن يقول: لم يجز.

وليعلم أنّه نقل في المسألة أقوالاً ثلاثة:

أوّلها: ما ذكره المصنّف، وهو المشهور كما في «المسالك[١] والروضة[٢] والمجمع[٣] وغاية المرام[٤] والكفاية[٥]» وغيرها[٦]. وقد نقل السيّد أبو المكارم حمزة ابن زهرة[٧] على مثل هذا العبارة إجماع الطائفة. وهو ظاهر «السرائر[٨]» أيضاً بل كادت تكون دعوى الإجماع فيها صريحة.

ويدلّ عليه بعد ذلك الكتاب المجيد[٩] والأخبار كما عرفت. قال في «الشرائع[١٠]»: فإن استبان فقره أنظره، وفي تسليمه إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان، أشهرهما الإنظار حتّى يوسر.

قال في «المسالك»: الرواية الدالّة على ذلك لم تحضرني حال الكتابة، وذكر بعضهم: أنّها ليست موجودة أصلاً. وجعلها صاحب «كشف الرموز» رواية زرارة عن الباقر عليه السلام كان علي عليه السلام لا يحبس في السجن إلّا ثلاثة: الغاصب، ومن أكل مال اليتيم ظلماً، ومن ائتمن على أمانة فذهب بها. قال صاحب «المسالك»: ولا دلالة في هذه الرواية على المدّعى فضلاً عن كونها أشهر[١١].

قلت: الرواية الّتي أشار إليها المحقّق الّتي لم تحضره ونقل عن بعضهم أنّها ليست موجودة، هي ما رواه الصدوق[١٢] عن محمّد بن علي ماجيلويه رحمه الله عن أبيه عن أحمد بن محمّد بن خالد عن الهيثم بن عبدالله الهنديّ عن الحسين بن علوان

(١ و ١١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٥.

(٢) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣١.

(٤) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٠.

(٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٦.

(٦) كرياض المسائل: ج ١٣ ص ٨٨.

(٧) غنية النزوع: ص ٢٤٩ ـ ٢٥٠.

(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٩٦.

(٩) البقرة: ٢٨.

(١٠) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٤.

(١٢) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٢٨ ح ١.

عن عمرو بن ثابت عن سعد بن طريف عن الأصبغ بن نباتة: إنّ عليّاً أميرالمؤمنين عليه السلام كان يحبس في الدين فإذا تبيّن له إفلاس الرجل وحاجته خلّى سبيله حتّى يستفيد مالاً. ومثلها في المتن من غير تفاوت أصلاً رواية غياث بن إبراهيم عن أميرالمؤمنين عليه السلام أيضاً كما عرفت وأنّهما لصريحتان في المطلوب، ورواية الأصبغ لا بأس بسندها وأنّها لحسنة لو لا عمرو بن ثابت، فلتكن قويّة، لأنّهم لم ينصّوا عليه بمدح ولا قدح، ولمّا وافقت في المتن رواية غياث وفي المعنى رواية السكوني الّتي تقدّم نقلها فيمن استعدت عليّاً عليه السلام على زوجها، كانت أشهر من رواية السكوني عن الصادق عليه السلام الّتي يأتي ذكرها، فلذا قال المحقّق: أشهرهما، أو أنّه أراد أنّ مضمونها أشهر.

وأمّا رواية زرارة الّتي استدلّ بها الحسن بن أبي طالب الآبي اليوسفي [١] فوجه دلالتها إمّا بأن نقول: إنّه إذا لم يجز حبسه مع العجز بل مع القدرة كما هو ظاهر الرواية وإن كان مخصوصاً فبالطريق الأولى لم يجز استعماله ومؤاجرته، ويفهم من سوقها أنّه ما كان يستعمل المدين، أو نقول: إنّ استعماله ومؤاجرته حبس له فقد أمكن الاستدلال بها، فتأمّل.

ثمّ إنّ قوله في «المسالك» رادّاً على اليوسفي: ولا دلالة فيها فضلاً عن كونها أشهر، لغريب، إذ عدم الدلالة لا ينافي أشهريّتها، أو لعلّه أراد أنّ مضمونها أشهر، أو أنّه لا يريد بيان الأشهر الّذي أراده المحقّق.

القول الثاني: أن يدفع إلى الغرماء ليستعملوه أو يؤاجروه ذا حرفة كان أم لا. وهذا القول لم أجد به قائلاً بعد فضل تتبّع، ولقد وجدت الشهيد الثاني [٢]

---

(١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٤٩٩.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٥.

والصيمري[١] ينسبانه إلى الشيخ في «النهاية» والأردبيلي[٢] والخراساني[٣] نقلا حكايته عنه فيها، وقد تتبّعت «النهاية» فرأيت الشيخ[٤] في كتاب الدين موافقاً للمشهور وفي آخر باب القضاء أورد أخباراً كثيرة منها خبر السكوني[٥] عن الصادق عليه السلام: إنّ علياً عليه السلام كان يحبس في الدين، ثمّ ينظر إن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم إن شئتم آجروه وإن شئتم استعملوه. وهذا الرواية مع ضعف سندها كما ترى مخالفة للعقل والنقل فإنّ حبس شخص قبل موجبه غير معقول، وإنّ تسليط شخص على آخر ليفعل به كيف شاء مع عجزه ممّا يمنعه العقل والنقل من كتاب وسنة كقوله جلّ ذكره: ﴿فنظرة إلى ميسرة﴾ وغيره من السنّة، كما عرفت.

القول الثالث: هو ما اختاره محمّد بن علي بن حمزة في «الوسيلة[٦]» قال: فإن ثبت إعساره خلّى سبيله إن لم يكن ذا حرفة يكتسب لها وأمره بالتحمّل أي الصبر، وإن كان ذا حرفة دفعه إليه ليستعمله، فما فضل عن قوته وقوت عياله بالمعروف أخذه بحقّه. وقريب منه قول التقي في «الكافي[٧]» حيث قال: لا يحبسه ولكن يقرّر عليه ما يفضل من مكتسبه عن قوته وعياله لغريمه. وهذا ظاهر في مذهب ابن حمزة، ولكنّ المصنّف لم يذكره في المختلف ولا نسبه إليه أحد والظاهر أنّ مستنده خبر السكوني هذا الّذي تقدّم نقله، وقد علمت حاله مع أنّه أعمّ من مدّعاه. قال العجلي في «السرائر[٨]»: وهذا الخبر غير صحيح ولا مستقيم، لأنّه مخالف لأصول مذهبنا ومحكم التنزيل وإنّما أورده الشيخ في

---

(١) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٠.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٣.
(٣) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٧.
(٤) النهاية: ص ٣٠٦، وفي ص ٣٥٢.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٤٨ ب ٧ من أبواب الحجر ح ٣.
(٦) الوسيلة: ص ٢١٢.
(٧) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧.
(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٩٦.

«نهايته» إيراداً لا اعتقاداً وقد رجع عنه في مسائل «خلافه».

قال في «المختلف[1]»: وما قال ابن حمزة ليس بعيداً عن الصواب، لأنّه متمكّن من أداء ما يجب عليه وإيفاء صاحب الدين حقّه فيجب عليه كما يجب عليه السعي في المؤنة. أمّا الكبرى فظاهرة، وأمّا الصغرى فلأنّ الغرض أنّه متمكّن من الكسب والتحصيل، وكما يجب السعي في المؤنة كذا يجب في أداء الدين. قال: ونمنع إعساره لأنّه متمكّن. ولا فرق بين القدرة على المال وعلى تحصيله، ولهذا منعنا القادر على التكسّب بالصنعة والحرفة من أخذ الزكاة باعتبار إلحاقه بالغنيّ القادر على المال. قال: والآية يعني ـ آية الإنظار ـ متأوّلة بالعاجز عن التكسّب والتحصيل، وكذا ما ورد من الأخبار، انتهى.

قال في «المسالك[2]» ما حاصله: هذه الأدلّة لا بأس بها، إلّا أنّها لا تدلّ على ما ذكره من مذهب ابن حمزة من تسليم المدين إلى الغريم ليستعمله ويتسلّط على منافعه بإجارة ونحوها، ومع ذلك فقد ذهب جماعة منهم المحقّق ﷺ إلى عدم وجوب التكسّب في قضاء الدين، بل إذا تكسّب وفضل معه شيء عن المؤنة وجب صرفه في قضاء الدين عملاً بظاهر الآية.

قلت: يمكن أن يكون ذلك ـ أي الاستعمال ـ كناية عن وجوب الكسب إذا كان ذا كسب وحرفة يقدر معها على التحصيل من دون مشقّة فإنّ الكسب حينئذٍ واجب، كما إذا كان عنده عروض من غير جنس ما عليه يجب عليه أن يبيع ذلك ويحصل ما هو من جنس ما عليه على أيّ وجه كان، فيأمره الحاكم بذلك، فإن لم يفعل يستعمله الحاكم أو يوكّل عليه الغريم ليستعمله ويأخذ ما فضل، على أنّ الكسب ممّا يتوقّف عليه الواجب، إذ وفاء الدين واجب مع القدرة، ولا شكّ أنّ

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٥٣. (٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٦.

صاحب الحرفة على الوجه المفروض قادر وحينئذٍ فلا يكون داخلاً تحت إطلاق آية النظرة، فتأمّل جيّداً. والقائل بوجوب التكسّب جماعة كثيرون ذكرناهم في كتاب الدين[1] واستوفينا الكلام في المسألة أكمل استيفاء.

وقال في «المبسوط[2]» بعد ذكر الخلاف في الإجبار على التكسّب وذكر خبر السكوني: لا خلاف أنّه لا يجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاصطياد والاغتنام والتلصّص في دار الحرب وقتل الأبطال وسلبهم ثيابهم وسلاحهم، ولا تؤمر المرأة بالتزويج لتأخذ المهر وتقضي الديون، ولا يؤمر الرجل بخلع زوجته فيأخذ عوضه، لأنّه لادليل على شيء، من ذلك، والأصل براءة الذمّة. ثمّ فصّل كيفيّة البحث عن حاله فذكر ما ذكره المصنّف بقوله: وإن اشتبه ... إلخ.

وبقي الكلام في الجمع بين الأخبار:

فخبر الأصبغ وإبراهيم قد تضمن صدرهما أنّه ﷺ كان يحبس في الدين، فيحملان على ما إذا قامت البيّنة على أنّه موسر أو عرف أنّه ذو مال أو كان أصل الدعوى مالاً. فإذا تبيّن إفلاسه بقيام البيّنة المطّلعة على باطن أمره خلّى سبيله، أو يراد بالحبس معنى مجازي، وهو المراقبة وعدم تخلية السرب له إن جهل حاله حتّى يكون بحث الحاكم عن أحواله، وإلّا فالحبس عقوبة لاوجه له قبل الاستحقاق كما يدلّ عليه رواية السكوني في الامرأة أنّه لمّا علم إعسار الزوج لم يحبسه.

وأمّا خبر زرارة عن الصادق فمعناه أنّه ﷺ كان لا يحبس مع العجز وعدم القدرة إلّا هؤلاء الثلاثة عقوبة لهم، وهذا أحسن جمع. أو نقول: لا حاجة إلى الجمع، لأنّ رواية زرارة صحيحة فهي حاكمة على الجميع فيترك

---

(١) تقدّم في ج ١٥ ص ٢١ ـ ٢٢.

(٢) المبسوط: ج ٢ ص ٢٧٤ و ٢٧٧.

وإن اشتبه فإن عرف ذا مال أو كان أصل الدعوى مالاً حُبس حتّى يثبت إعساره،

العمل في رواية الأصبغ بما خالفها ويعمل بها في الباقي لانجبارها بالشهرة واعتضادها بالإجماع المنقول.

وأمّا رواية السكوني الأُخرى فيحمل صدرها على الوجه الرابع الّذي ذكرناه في خبر الأصبغ و عجزها على ما تأوّلنا به كلام ابن حمزة. وطرحها أولى، لضعفها ومخالفتها ما عليه جمهور الأصحاب. وتمام الكلام في باب الدين.

قوله: ﴿حبس حتّى يثبت إعساره﴾ وذلك يكون بالبيّنة المطّلعة على باطن أمره، فإنّ الأصل بقاء المال والأصل عدم تلفه والظاهر لا يقاوم الاستصحاب وأصل العدم، مضافاً إلى أنّ المسألة مجمع عليها كما هو الظاهر.

قال في «التذكرة[1]»: فإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلّية، فلو كان غريباً لا يتمكّن من إقامة البيّنة وكّل به القاضي من يبحث عن منشئه ومنتقله ويتفحّص عن أحواله بقدر الطاقة، فإذا غلب على ظنّه إفلاسه شهد به عند القاضي لئلّا تتخلّد عليه عقوبة السجن. وبهذا الّذي ذكره في التذكرة يسقط ما اعترض به المولى الأردبيلي[2] على الأصحاب من أنّه كيف يُحبس؟ إذ قد لا يكون له بيّنة ويكون معسراً والمال تالفاً، والحبس عقوبة عاجلة من غير ظهور وجهها والحبس بعيد بل يحلف على عدم بقائه عنده. ثمّ احتمل عدم الحلف. ثمّ قال: لابدّ من الحلف لمكان دعوى المال انتهى. قلت: قوله: «من غير ظهور وجهها» لا وجه له، لأنّ الوجه في ذلك

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٤ ص ٧٤. (٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٥.

وإلّا حلف على الفقر، فإن نكل حلف المدّعي على القدرة وحُبس.

استصحاب بقاء الموضوع الّذي لم يخالف فيه أحد وبه استقام النظام، مضافاً إلى أصل العدم، وأين يقع ظهور الإتلاف من هذين الأصلين؟ مع أنّ الظهور هنا ليس على (عن خ) مدرك شرعي.

قوله: ﴿وإلّا حلف على الفقر﴾ أي وإلّا يكن عرف بمال ولا كان أصل الدعوى مالاً كأن تكون الدعوى صداق الزوجة أو نفقتها أو أرش الجنايات أو يكون أقرّبه وادّعى المدّعي وجود مال عنده كما هو المفروض وكما يرشد إليه قوله: «فإن نكل حلف المدّعي على القدرة» فإنّه يحلف على الفقر ويُخلّى سبيله، لعموم قوله: اليمين على من أنكر[1]. وإن لم يدّع قدرته لا يحلف. وكلام الأصحاب صريح في ذلك. فاعتراض صاحب «المجمع[2]» عليهم بأنّ الأظهر عدم الإحلاف لعدم الدليل إلّا أن يدّعى عليه وجود مال، لم يصادف محلّه. نعم كلام أبي الصلاح في «الكافي[3]» والمفيد في «المقنعة[4]» على إطلاقه مشكل، وذلك لأنّ أبا الصلاح قال: وإن ادّعى المقرّ أو المشهود عليه إعساراً يعلمه الحاكم أو تقوم به بيّنة في الحال لم يحبسه، ولكن يقرّر عليه ما يفضل من تكسّبه عن قوته وعياله لغريمه، وإن لم يعلم ذلك من حاله ولا قامت به حبسه و كشف عن أمره، حيث حكم بالحبس مع الجهل بحاله. وكذا المفيد قال: وإن لم يعلم بصحّة دعواه في الإعسار كان له حبسه.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٠ ـ ١٧١ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١ و٢ و٣.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٦.

(٣) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧.

(٤) المقنعة: ص ٧٢٣.

الثاني: الإنكار

ويسأل الحاكم المدّعي عقيبه: ألك بيّنة؟ إن لم يعرف أنّه موضع سؤال ذلك، وإن عرف لم يجب، فإن قال نعم أمره بـإحضارها ثـمّ ينظر في أمر غيرهما. وإن قال لا بيّنة لي عرّفه الحاكم أنّ له اليمين، فإن طلب إحلافه أحلفه الحاكم ولا يتبرّع الحاكم بإحلافه، وكـذا الحالف لا يبتدئ باليمين من غير أن يحلفه الحاكم. فلو تبرّع الحالف أو الحاكم باليمين وقعت لاغية ولم يعتدّ بها ويعيدها الحاكم بـعد سؤاله. وكذا لو حلفه من غير حـاكم.

وإذا حلف المنكر سقطت الدعوى عنه.

الجواب الثاني الإنكار

قوله: ﴿ولا يتبرّع الحاكم بإحلافه﴾ هذا موضع وفاق بين الأصحاب بل عند العامّة أيضاً، لأنّه حقّ للمدّعي مسقط لدعواه وقد لا يريد الإحلاف فـي الحال ليتذكّر بيّـنة أو يعود الخصم إلى الإقرار.

قوله: ﴿وقعت لاغية ولا يعتدّ بها﴾ الظاهر أنّه عطف تفسير. ويحتمل قريباً أن يكون معنى قوله: «لاغية» أنّه غير مؤاخذ بها صدقاً كانت أم كذباً، فتكون من باب قوله جلّ ذكره: ﴿لا يؤاخذكم الله باللّغو في أيمانكم﴾ [1] أو يخصّ ذلك بما إذا كانت صدقاً. ومعنى عدم الاعتداد بها كونها غير مجزية عن اليمين المتوجّهة عليه فلابدّ من إعادته فلا يكون تكراراً. ومن ظريف ما يحكى [2] أنّ أبا الحسين ابن أبي عمرو (عمر خ) القاضي أوّل ما جلس للقضاء ارتفع إليـه خـصمان وادّعـى أحـدهما على صاحبه دنانير فأنكرها. فقال القاضي للمدّعي: ألـك بيّنة؟ قـال: لا،

---

(١) البقرة: ٢٢٥.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١١٦.

ولا يحلّ للمدّعى مطالبته بعد ذلك بشيء وإن كان كاذباً في يمينه. ولو ظفر له بمال لم يحلّ له مقاصّته

فاستحلف المنكر من غير مسألة المدّعي فلمّا فرغ قال له المدّعي: ما سألتك أن تستحلفه لي فأمر أبو الحسين أن تعطى الدنانير من خزانته لأنّه استحيى أن يحلّفه ثانياً.

قلت: يا ليتها كانت الدنانير ألفاً! ليجد إدام القضاء في الدنيا والآخرة.

قوله: ﴿ولا يحلّ للمدّعي مطالبته﴾ بالنصّ المتظافر[1] والإجماع على الظاهر.

قوله: ﴿ولو ظفر له بمال لم يحلّ له مقاصّته﴾ مادام مصرّاً على الإنكار، إلّا أن يكذّب نفسه ويعترف به، لما رواه عبدالله بن وضّاح[2] قال: كان بيني وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدّمته إلى الوالي فأحلفته فحلف وقد علمت بأنّه حلف يميناً فاجرة، فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة فأردت أن أقبض الألف درهم الّتي كانت لي عنده وأحلف عليها، فكتبت إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بالقصّة. فكتب: لا تأخذ منه شيئاً إن كان قد ظلمك فلا تظلمه، ولو لا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنّك رضيت بيمينه فقد مضت اليمين. وأمّا رواية[3] عبدالله بن مسكان الّتي قال فيها: رجل لي عليه دراهم فجحدني وحلف عليها أ يجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ بقدر حقّي؟ فقال: نعم، فمحمولة على أنّه حلف من دون

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٩ ـ ١٨٠ ب ٩ و ١٠ من أبواب كيفية الحكم.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٠ ب ١٠ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٢ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

ويأثم مع معاودة المطالبة، ولا تُسمع دعواه و لا بيّنته.

استحلاف عند الحاكم كما يأتي الكلام فيها مفصّلاً.

قوله: ﴿ويأثم مع معاودة المطالبة﴾ أي يأثم بمعاودة المطالبة مع معاودة المطالبة ـ فتأمّل في العبارة ـ كأن يحاكمه عند حاكم آخر أو عند ذلك الحاكم لأن كان قد نسي. ولا فرق في ذلك بين أن يحلّفه مرّة ثانية أو ينكل فيحلف هو أو لم يحلف فأخذ مقاصّة. وإذا حلف المنكر سقطت الدعوى عنه ولا يحلّ للمدّعي مطالبته بعد ذلك بشيء وإن كان كاذباً في يمينه، ولو ظفر له بمال لم يحلّ مقاصّته ويأثم مع معاودة المطالبة ولا تُسمع دعواه ولا بيّنته.

قوله: ﴿ولا تُسمع دعواه ولا بيّنته﴾ اتّفق المسلمون على عدم سماع الدعوى ثانياً في مجلس الحلف كما نصّ على ذلك أبو طالب في «الإيضاح[1]» وأبو العباس في «المهذّب البارع[2]» واختلفوا فيما إذا أعادها في غير ذلك المجلس، فحكم المصنّف بعدم سماع الدعوى والبيّنة وفاقاً «للنهاية[3] والخلاف[4] والمبسوط[5]» في موضع و«الكافي[6]» في موضعين و«الغنية[7] والسرائر[8]» حيث قال ما نصّه: وإن قال المدّعي: ليس معي بيّنة وطلب من خصمه اليمين فحلّفه الحاكم ثمّ أقام بعد ذلك البيّنة على صحّة دعواه لم يلتفت إلى بيّنته وأبطلت. وإنّما نقلنا عبارتها، لأنّ المصنّف في «المختلف[9]» ومن تأخّر[10] عنه نسبوا إليها القول

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٨. (٢) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٧٢.
(٣) النهاية: ص ٣٤٠. (٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٣ المسألة ٤٠.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٠.
(٦) لم نعثر عليه إلّا في موضع واحد فراجع الكافي في الفقه: ص ٤٤٣.
(٧) غنية النزوع: ص ٤٤٢. (٨) السرائر: ج ٢ ص ١٥٩. (٩) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٦.
(١٠) منهم أبي العباس في المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٧٣، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٩٨.

الثالث فتأمّل. وكذا نسبوه إلى الحلبي، والموجود في «الكافي» في موضعين ما ذكرنا، ووفاقاً «للمراسم[1]» في الظاهر، لأنّه قال ما نصّه: وأيّ بيّنة قامت على إنسان بعد اليمين فهي على ضربين: أحدهما: أن يكون شرط الحالف أن يمحو عنه المدّعي كلّ دعوى فأذعن بذلك فلا حكم لهذه البيّنة. والأُخرى: تقوم على من حلف من غير شرط فيلزمه الحاكم بما قامت به البيّنة، وقد نسب إليها القول الثاني وهي عند التأمّل ظاهرة في القول الأوّل فليتأمّل، ووفاقاً «للشرائع[2] والنافع[3] والإيضاح[4] والتحرير[5] والإرشاد[6] والدروس[7] واللمعة[8] والتعليق النافع[9] وغاية المرام[10] والمهذّب[11]» في ظاهرهما و«المسالك[12] والروضة[13] والمجمع[14] والكفاية[15] والمفاتيح[16]». وهو المنقول عن الكاتب أبي علي[17]. وهو المجمع عليه كما في «الخلاف[18] والغنية[19]» ونفى عنه الخلاف في «المسالك[20]».

ويدلّ عليه ما رواه الصدوق[21] في الصحيح عن ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: إذا رضي صاحب الحقّ بيمين المنكر بحقّه فاستحلفه، فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهب اليمين بحقّ المدّعي ولا دعوى له. قلت: وإن كانت له بيّنة

---

(١) المراسم: ص ٢٣٤.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٤.
(٣) المختصر النافع: ص ٢٧٣.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٩.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٤.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٨.
(٨) اللمعة الدمشقية: ص ٩٦.
(٩) لا يوجد لدينا كتابه.
(١٠) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣١.
(١١) المهذّب: ج ٢ ص ٥٨٥.
(١٢ و ٢٠) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٤٩ و٤٤٨.
(١٣) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٥.
(١٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٠.
(١٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٨.
(١٦) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٦.
(١٧) نقل عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٩٦.
(١٨) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٣ المسألة ٤٠.
(١٩) غنية النزوع: ص ٤٤٢.
(٢١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٨ ب ٩ من أبواب كيفية الحكم ح ١.

وقيل: يحكم بالبيّنة إلّا أن يشترط الحالف سقوط الحقّ باليمين. وقيل: تُسمع مع النسيان.

عادلة؟ قال: نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له حقّ، فإنّ اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه عليه. وقول النبي صلى الله عليه وآله: من حلف بالله فليصدق ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس من الله في شيء، رواه الشيخ في «الخلاف[1]» وقوله صلى الله عليه وآله[2]: ذهب اليمين بدعوى المدّعي ولادعوى له، ورواية خضر النخعي[3] ومرسلة إبراهيم بن عبد الحميد[4] ورواية عبدالله ابن وضّاح المتقدّمة[5] وغيرها[6]. ويأتي بيان ذلك كلّه.

قوله: ﴿وقيل يحكم ... إلى قوله: باليمين﴾ كما في «المقنعة[7] والوسيلة[8]» وهو المنقول عن «الكامل[9]» ونسب إلى «المراسم[10]».

حجّتهم على ذلك مساواة البيّنة الإقرار في ثبوت الحقّ خرج منه ما إذا شرط بالإجماع وبقي الباقي. وأُجيب بأنّ الإقرار أقوى ولذا يبطل حكم البيّنة إذا خالفها.

قوله: ﴿تُسمع مع النسيان﴾ أو الجهل كما في موضع من «المبسوط[11]» وقوّاه في «المختلف»، ونسب إلى الحلبي[12]. وقد علمت ما وجدناه في «الكافي

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٤ المسألة ٤٠.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٩ ب ٩ من أبواب كيفية الحكم ح ٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٩ ب ١٠ من أبواب كيفية الحكم ح ١.
(٤) الكافي: ج ٧ ص ٤١٨ ح ٣.
(٥) تقدّم في ١٩٩.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠١ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١.
(٧) المقنعة: ص ٧٣٣.
(٨) الوسيلة: ص ٢٢٩.
(٩) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٧.
(١٠) المراسم: ص ٢٣٥.
(١١) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٠.
(١٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٦ و٣٩٧.

وكذا لو أقام شاهداً واحداً وبذل معه اليمين. نعم لو أكذب الحالف نفسه جاز أن يطالب وأن يقاصّ ممّا يجده له مع امتناعه عن التسليم.

وإن ردّ المنكر اليمين على المدّعي فإن حلف ثبت دعواه، وإن نكل سقطت.

والسرائر» وأنّه خلاف ما نسب إليهما، ولعلّهم عثروا على ذلك للحلبي من غير الكافي أو وجدوا ذلك في «السرائر» ولم نعثر عليه، فتأمّل.

قوله: ﴿جاز أن يطالب وأن يقاصّ مع امتناعه﴾ لأنّ الإقرار أبطل ما تقدّم، لعموم أدلّة الأخذ بالإقرار، لكنّ ظاهر الروايات المتقدّمة على خلاف ذلك فيتأمّل. وفي «الكافي[1]»: فإن جاء بحقّه بعد اليمين له نادماً من عصيانه حلّ له أخذه، والعفو عنه أفضل. وهذه العبارة أوفق بظاهر الروايات من عبارة المصنّف فليتأمّل.

قوله: ﴿فإن ردّ المنكر اليمين على المدّعي﴾ جواز ردّ اليمين ثابت بالنصّ والإجماع في موضع يجوز له اليمين فيه، فلا ردّ على الوكيل، لأنّه لا يمين عليه وإن علم المدّعي لكنّ للمدّعى عليه أن يوقف الخصومة إلى أن يحضر المدّعي، ولا على الوصي إذا ادّعى مالاً لليتيم على آخر ولا في مواضع التهمة على القول بسماع الدعوى ولا عليه إذا ادّعى على الوارث أنّ الميّت أوصى للفقراء الزكاة أو الخمس أو الحجّ ونحو ذلك ممّا لا مستحقّ له بخصوصه. وفي هذه يلزم المدّعى عليه على تقدير الإنكار إمّا دفع حقّ المدّعى عليه أو اليمين. والظاهر أنّه لا نزاع في ذلك كلّه.

---

(١) الكافي في الفقه: ص ٤٤٣.

وإنّما الكلام في أنّ يمين المدّعي هل هي بمنزلة البيّنة أو الإقرار؟ قولان:

وجه الأوّل: أنّها حجّة صدرت من المدّعي كالبيّنة فهي تكون بمنزلتها. وهذا بعيد جدّاً كما نبّه عليه في «الدروس[1]» لكنّه في «الإيضاح[2]» قال: إنّ هذا القول قوّاه الأكثر، فتأمّل. والأولى توجيهه بأنّها تردّ على المدّعي ولو قهراً بالنسبة إلى المنكر فأشبهت البيّنة من هذه الجهة، ولو لا أنّ اليمين المردودة كالبيّنة ما ثبتت بها دعوى المدّعي، لأنّ المدّعي إنّما يطلب منه البيّنة.

ووجه الثاني: إنّ ثبوت الحلف إنّما كان من جهة المدّعى عليه بنكوله وردّه فيكون بمنزلة صدور الإقرار بالحقّ منه، فإنّ عدم حلفه يشعر بعلمه بالحقّ وأنّه كاذب. وهو خيرة «التحرير[3]» والمصنّف في الفصل السادس[4] استشكل ولم يرجّح شيئاً، لكنّه قال: لا يستحقّ الحقّ إلّا مع حكم الحاكم على الأوّل ومن دونه على الثاني من دون إشكال.

وقد فرّعوا على ذلك فروعاً كثيرة.

منها: أنّه إذا أقام المدّعى عليه البيّنة بأداء الحقّ أو على إبراء المدّعي له منه بعد ما حلف فإنّها على الأوّل تُسمع لأنّه يصير من باب تعارض البيّنتين، وعلى الثاني لا تُسمع لأنّ البيّنة إذا كانت مكذّبة لإقراره لا تسمع.

ومنها: أنّه يحتاج بعد اليمين إلى الحاكم على الأوّل، بخلاف الثاني عند من لا يشترط في الإقرار حكم الحاكم.

ومنها: إذا اشترى المدّعي شيئاً من وكيل البائع ثمّ ادّعى عليه فسخه بعيب سابق وأنكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردّها على

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٩.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٥.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٤.
(٤) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٥٣.

المدّعي، فإنّه على الأوّل يردّ المبيع على الموكّل وعلى الوكيل على الثاني، كذا قال جماعة من الأصحاب[1].

والحقّ أنّه حكم برأسه، فيجب اعتبار الأدلّة في هذه الفروع وبناء الأحكام عليها، وكيف تبنى الأحكام على أمثال هذه التقريبات بل قولهم: «كالبيّنة وكالإقرار» أشبه شيء بالقياس والاعتبار.

فإن قلت: كيف تحكم في هذه الفروع؟ قلت: ما كان ليخفى علينا ببركات أهل البيت ـ صلّى الله عليهم أجمعين ـ الظنّ في أمثال ذلك، نسأل الله جلّ شأنه أن يعجّل فرج إمام زماننا.

أمّا الفرع الأوّل: فالظاهر عدم سماع بيّنة المدّعى عليه مطلقاً، لأنّ الأخبار الدالّة على إسقاط الدعوى بعد إحلاف المدّعى عليه تدلّ على إسقاط دعواه أيضاً بإطلاقها وعمومها، بل يمكن دعوى الأولويّة. ولأنّ ترك المدّعى عليه البيّنة واليمين وردّها على المدّعي إقدام صريح أو ظاهر في الالتزام بالحقّ بعد ذلك وأنّه يخرج من العهدة حينئذ من غير نزاع. وكذا المدّعي إنّما أقدم على ذلك أيضاً لذلك، ولأنّه إذا لم يحلف المدّعي سقطت دعواه. وكذا تسقط دعوى المدّعى عليه بعد إحلافه إيّاه، ولأنّه لو بذل يمينه بعد ذلك لم تسمع فكذا بيّنته، ولأنّه يلزم التعارض بين اليمين والبيّنة. وإذا كان حكمه حكم البيّنة رجّحت بيّنة المدّعي على المشهور من رجحان بيّنته، فإن رجّحت بيّنة المدّعى عليه كما هو ظاهر كلامهم على تقدير جعل اليمين كالبيّنة يلزم خلاف ذلك مع كون مذهبهم في ترجيحات البيّنة خلاف ذلك فليتأمّل فإنّه ربّما دقّ.

---

(١) منهم العلّامة في القواعد: ج٢ ص٧٨، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج١٢ ص١٣٩، والمحقّق الكركي في جامع المقاصد: ج ٤ ص ٣٥٩، والفخر في الإيضاح: ج ٤ ص ٣٥٥.

وهل له المطالبة بعد ذلك؟ إشكال.

وأمّا الفرع الثاني: فالظاهر عدم التوقّف على حكم الحاكم مطلقاً، لأنّ توقّف ثبوت الحقّ على حكم الحاكم خلاف الأصل، لأنّ الظاهر من الحجّة ما ثبت بها المدّعى، بل لو لم يكن في البيّنة إجماع لكان هناك الثبوت بها متّجهاً. وهذا اختيار منّا بخلاف ما يختاره الاُستاد الفقيه العلّامة المعتبر الشيخ جعفر ـ أدام الله تعالى حراسته ـ حيث اختار في معرض البحث التوقّف في كلّ حكم بين المتخاصمين على حكم الحاكم حتّى في الإقرار وفي سقوط الدعوى بيمين المنكر. وهذا الأخير وإن لم يصرّح به إلّا أنّه يلزم إطلاقه. وقد وافقه على ذلك الفاضل العجلي في «السرائر[1]».

هذا، والإنصاف: أنّ فيما اخترناه تأمّلاً ظاهراً وإن صرّح به جماعة من الأصحاب، بل الظاهر أنّه ما خالف في الإقرار إلّا ابن إدريس.

هذا، وممّا يدلّ على عدم التوقّف في الفرع الثاني على حكم الحاكم أنّ سقوط الدعوى بيمينه لا يحتاج إلى حكم الحاكم إن قلنا به فكذا يمين المدّعي، فإنّها أقوى لأن كانت مثبتة وموجبة وهي نافية ومانعة على القول بالقضاء به. وقد طال بنا الحديث وإنّه لذو شجون.

قوله: ﴿وهل له المطالبة بعد ذلك؟ إشكال﴾ اتّفق الناس كما في «الإيضاح[2]» على سقوط الدعوى في المجلس واختلفوا فيما بعد ذلك على أقوال أربعة:

الأوّل: سقوطها كذلك وإن أتى ببيّنة كما صرّح به في «الإيضاح[3]» في الفصل

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٦٤.

(٢ و٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٨ و٣٥٣.

السادس في النكول و«تعليق النافع والمجمع[1] والكفاية[2]» وهو ظاهر «الوسيلة[3] والنهاية[4] والمراسم[5] والغنية[6] والشرائع[7] والإيضاح[8]» في هذا المقام و«النافع[9] والإرشاد[10] والتحرير[11] واللمعة[12]» حيث اتّفقت الجميع على عبارة واحدة، وهي: وإن نكل بطل حقّه، وفي بعض: سقطت دعواه. وظاهر الإطلاق عدم الفرق بين المجلس وغيره أتى ببيّنة أم لم يأت. وظاهر «الغنية[13]» دعوى الإجماع عليه وفي «الكفاية[14]» لا أعرف خلافاً ونقل دعوى الإجماع عن المحقق[15]. وقد وجدت الفاضل العميدي[16] نسبه إلى ظاهر الأكثر في الفصل السادس في النكول. وهو ظاهر المصنّف أيضاً في هذا الكتاب حيث قال في الفصل الثاني في الحالف: فإن نكل سقطت دعواه إجماعاً إلّا أن يقول: إنّ المراد سقطت في المجلس بقرينة ما ذكره هنا وفي الفصل السادس حيث قال: له إعادتها في غير المجلس، فتأمّل، فكان للمصنّف في هذه المسألة ثلاث عبارات كما ترى. والمصنّف أيضاً قال أيضاً في الفصل الثالث فيما إذا أقام المدّعي شاهداً ونكل عن اليمين: إنّها تسقط دعواه في ذلك المجلس، وفي الفصل السادس احتمل أن يكون له الحلف بعد ذلك وعدم القبول إلّا بشاهد. وهذه مسألة أُخرى ليست ممّا نحن فيه يأتي الكلام فيها مفصّلاً إن شاء الله إلّا أن لها تعلّقاً بالمقام، فتأمّل.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٧.
(٢ و ١٤) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٨٨.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٣.
(٤) النهاية: ص ٣٤٠.
(٥) المراسم: ص ٢٣١.
(٦ و١٣) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٤.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٠.
(٩) المختصر النافع: ص ٢٧٤.
(١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(١١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٥.
(١٢) اللمعة الدمشقية: ص ٩٦.
(١٥) نقله عنه في كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٧٧.
(١٦) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٥٠٥.

وذهب أبو الصلاح في «الكافي[١]» والمصنّف في «التحرير[٢]» إلّا[٣] أنّه قال فيه: إنّ نكوله كحلف المدّعى عليه، ومن المعلوم أنّه إذا حلف المنكر لم تسمع الدعوى ولو أتى ببيّنة. فكلامه كما ترى! إلّا أن يحمل على وجه بعيد.

والشهيدان في «الدروس[٤] والمسالك[٥] والروضة[٦]» والكاشاني في «المفاتيح[٧]» إلى أنّه إذا أتى ببيّنة لا تسقط، ونُسب[٨] إلى المفيد ولم أجده في «المقنعة» ونسبه في «الروضة[٩]» إلى المشهور ولم تثبت الشهرة عندي، بل الشهرة على الأوّل كما عرفت. وناهيك بدعوى المصنّف الإجماع في الفصل الثاني كما هو ظاهر إطلاقه.

احتجّ هؤلاء بالاعتبار، وهو أنّ النكول ربّما كان للاحترام أو تذكّر البيّنة، قالوا: ويمكن تقييد النصوص الناطقة بسقوط الحقّ مطلقاً بذلك المجلس أو بانتفاء البيّنة. وأنت خبير بأنّ هذا التقييد لابدّ له من دليل، والاعتبار لا يقيّد الأخبار.

وذهب الشيخ في «المبسوط[١٠]» ـ على ما نقل عنه ـ والمصنّف في الفصل السادس[١١] في النكول إلى أنّه له إعادتها في غير المجلس وإن لم يأت ببيّنة، ثمّ احتمل المصنّف هناك أن يكون نكوله كحلف المدّعى عليه.

وفصّل بعض الناس[١٢] فقال: إن كان الحاكم حكم عليه بالنكول لم يطالب وإلّا طالب.

---

(١) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١.
(٣) في نسخة: إلى، والعبارة على كلّ منهما ناقصة.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٩.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٢.
(٦) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٦.
(٧) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٧.
(٨) نسبه إليه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٩٨.
(٩) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٦.
(١٠) لم نعثر على الناقل عن الشيخ ولا عليه في المبسوط فراجع لعلك تجده ان شاء الله.
(١١) يأتي في ص ٤٠٤.
(١٢) لم نعثر على هذا البعض حسبما تفحصناه فيما بأيدينا.

قلت: هذا الأخير مبنيّ على أنّ المدّعي كالمنكر ويقضى عليه بالنكول فلا تسقط دعواه إلّا بحكم الحاكم. وفيه تأمّل فهو في الحقيقة يرجع إلى عدم السقوط.

احتجّ الأوّلون بأنّ نكوله عن اليمين بمنزلة الإقرار بعدم الحقّ، فليس له إقامة البيّنة ولا الاقتصاص، ويبرأ المنكر منه في الدنيا وفي الآخرة أيضاً إن كانت الدعوى باطلة وإلّا فلابدّ من العوض. وإن قلنا: إنّ النكول كحلف المنكر فكذلك أيضاً، لكنّ هذه الكلمة يقع في مقامهم على وجهين: أمّا الوجه الأوّل فهو المتبادر من أنّ حلف المنكر يسقط الحقّ ولا تُسمع بعده بيّنة فيكون نكول المدّعي كذلك عند من قال إنّه مثله. الوجه الثاني: إنّ حلف المنكر بالنسبة إلى المدّعي غير مكذّب له في الواقع ولا مسقط لحقّه كذلك وإنّما حَجَر عليه الشارع ﷺ المطالبة والاقتصاص، فكأنّ المراد: أنّ نكول المدّعي كحلف المنكر في عدم إسقاط حقّه في الواقع لولا الحَجر هناك وعدمه هنا، فرجع إلى أنّ نكوله ليس كإقراره بعدم الحقّ. وهذا المعنى صرّح به في «الإيضاح [1]» في الفصل السادس في النكول قال: فإن قلنا إنّ نكوله كحلف المدّعى عليه فله أن يقيم البيّنة مرّة اُخرى وله الاقتصاص.

قلت: وعلى ذلك تحمل عبارة «التحرير» الّتي نقلناها، وإلّا لكان كلامه مضطرباً جدّاً.

قال في «الإيضاح»: والأقوى عندي أنّه لا يجوز إقامة البيّنة ولا الاقتصاص سواء قلنا: إنّه كالإقرار أو كحلف المنكر [2] لانحصار دفع المدّعى بحلف المدّعى عليه أو بإقرار المدّعي، والثاني منتفٍ لأنّ التقدير إنكاره، فتعيّن

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٥.

(٢) إلى هنا ما أفاده في الإيضاح، وما نقله عنه بعدُ ليس فيه، مع أنّ العبارة لا تخلو عن اغتشاش، ولعلّ الصواب فيها: بحلف المدّعي أو بإقرار المدّعى عليه.

أن يكون الأوّل، انتهى فتأمّل جيّداً.

واحتّجوا أيضاً بأنّه يلزم عدم الانقطاع فإنّه كلّ مدّة يأتي به فيردّ عليه فينكل، وهكذا.

والعمدة في ذلك الأخبار: منها صحيح محمّد عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يدّعي ولا بيّنة له قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له[1]. وصحيح جميل ـ على الصحيح في أبان بن عثمان لأنّه في السند ـ عن أبي عبدالله عليه السلام: إذا أقام المدّعي البيّنة فليس عليه يمين وإن لم يقم البيّنة فردّ عليه الّذي ادّعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فلا حقّ[2]. ومثلها رواية عبيد بن زرارة[3]. ومثلها رواية علي بن الحكم[4] ورواية محمّد بن عيسى عن يونس عمّن رواه، قال: استخراج الحقّ بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين ... إلى أن قال: فإن لم يحلف وردّ اليمين على المدّعي فهي واجبة عليه أن يحلف ويأخذ حقّه، فإن أبى أن يحلف فلا شيء له[5]. فدلالة هذه الأخبار مطلقة شاملة للمجلس وغيره.

وهل يخرج عنها ما لو أظهر عذراً مثل أن قال: أريد أُقيم بيّنة أو أنظر الحساب أو نحو ذلك؟ كما ذكره في «المسالك[6]» محلّ تأمّل، والتخصيص بالأصل لا وجه له، لأنّ الإطلاق هنا وارد على الأصل فيقطعه. ومن هنا ظهر لك أنّ ما استنده الفريقان الآخران: من أصالة بقاء الحقّ فيكون مقيّداً لأخبار الباب، فيكون المراد لا حقّ له ما لم يحلف أو في ذلك المجلس، لا وجه له. وأمّا ما استندوا إليه من كونه كالإقرار أو البيّنة فيثبت به الحقّ كلّما أتى به كما يثبت كلّما إذا أقام بيّنة أو أقرّ

(١ و٣ و٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٦ ب ٧ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١ و٢ و٤.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٧ ب ٧ من أبواب كيفيّة الحكم ح ٦.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٨ ب ٨ من أبواب كيفية الحكم ح ٢.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٢.

ولو قال المدّعي: قد أسقطت عنك هذه اليمين لم تسقط دعواه، فإن أعاد الدعوى مرّة ثانية فله إحلافه.

ولو نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف ولم يردّ قال له الحاكم: إن حلفت وإلّا جعلتك ناكلاً، ثلاث مرّات استظهاراً لا فرضاً،

الخصم،ففي محلّ المنع بعد ورودالنصّ بنفي الحقّ، فليتأمّل إذهذا ليس بذلك البعيد.

قوله: ﴿لم تسقط دعواه﴾ لأنّ الإبراء من اليمين غير إسقاط الحقّ.

قوله: ﴿فله إحلافه﴾ لأنّها دعوى غير الأُولى الّتي أُسقطت فيها اليمين، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿ثلاث مرّات استظهاراً لا فرضاً﴾ كذا قال في «الشرائع[1]»، وظاهرهما عدم وجوب شيء كما هو صريح المصنّف في الفصل السادس[2]. وظاهر «الإرشاد[3]» أنّ الثلاثة واجبة حيث قال: قال له الحاكم: جعلتك ناكلاً ـ ثلاثاً ـ ولم يذكر الاستظهار. قال في «الدروس[4]» الواجب مرّة واحدة ويستحبّ ثلاثاً. وقال في «المبسوط[5] والسرائر[6]» الواجب مرّة واحدة ويقول له ثلاثاً استظهاراً.

قلت: يجب على الحاكم ذلك، لأنّ المنكر قد لا يعلم أنّ له الردّ أو يعلم إلّا أنّه نسي أو اشتبه، فإذا لم يعلمه ذلك كان خائناً له، ولمّا كان هذا الغرض يتأتّى بواحدة اكتفى بها والباقي مستحبّ، فيحمل كلام المصنّف والشرائع على أن المجموع مستحبّ لا الجميع. فقول من قال ـ كالأردبيلي[7] ـ: إنّه لا دليل على الوجوب،

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.
(٢) يأتي في ص ٤٠٥ ـ ٤٠٤.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٩.
(٥) المبسوط: ج ٣ ص ٣١، وج ٨ ص ١٥٩ و ١٦٠.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٦٤.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥٧.

فإن أصرّ فالأقرب أنّ الحاكم يردّ اليمين على المدّعي، فإن حلف ثبت حقّه وإن امتنع سقط.

لا وجه له. نعم القول بالاستحباب في الجميع يتأتّى على القول بأنّه لا يقضى عليه بمجرّد نكوله ـ كما سيأتي ـ بل على الحاكم أن يردّ اليمين على المدّعي، لكنّ كثيراً ممّن يذهب إلى هذا المذهب صرّح بوجوب واحدة. وحينئذٍ نقول: ما الدليل على ذلك؟ وهذا لعلّه يؤيّد ما سنختار من أنّه يقضى عليه بمجرّد النكول، إذ لا دليل على وجوب الواحدة إلّا ذلك هذا فليتأمّل. وينبغي أن يضيف إلى ذلك الردّ فيقول: إن حلفت أو رددتها على المدّعي وإلّا جعلتك ناكلاً.

قوله: ﴿وإن أصرّ فالأقرب أنّ الحاكم يردّ اليمين على المدّعي﴾ كما في «الخلاف[1] والمبسوط[2] والوسيلة[3] والسرائر[4] والتحرير[5] والتبصرة[6] والمختلف[7] والإيضاح[8] والدروس[9] واللمعة[10] وغاية المراد[11] وغاية المرام[12] والمسالك[13] والروضة[14] والمجمع[15] والمفاتيح[16]» وهو المنقول[17] عن الكاتب والقاضي في «المهذّب» وربّما لاح اختياره من ظاهر «كنز الفوائد[18]» وجعله في

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٢ المسألة ٣٨.
(٢) المبسوط: ج ٤ ص ١٥٩.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٧.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٦٤.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٠.
(٦) تبصرة المتعلّمين: ص ١٨٧.
(٧) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٥.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٣.
(٩) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٩.
(١٠) اللمعة الدمشقية: ص ٩٦.
(١١) غاية المراد: ج ٤ ص ٤٠.
(١٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٣.
(١٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٨.
(١٤) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٧.
(١٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٨.
(١٦) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٨.
(١٧) نقله عنهما العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٦٤.
(١٨) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٧٩.

«كشف الرموز[1]» أحوط، ونسبه في «المسالك[2]» إلى سائر المتأخّرين. وهو خيرة المصنّف فيما يأتي في الفصل الثاني.

احتجّوا بالأصل والكتاب والسنّة من طرق العامّة والخاصّة والإجماع مع موافقة الاعتبار والاحتياط.

أمّا الأصل: فهو أصل عدم الحقّ وعدم الحكم وأصل براءة الذمّة حتّى يثبت الموجب ولم يثبت من أدلّتكم، فلا يحكم بمجرّد النكول وقد تسالمنا على الحكم بعد ردّ اليمين.

وأمّا الكتاب المجيد فقوله جلّ ذكره: ﴿ذلك أدنى أن يأتوا بالشّهادة على وجهها أو يخافوا أن تردّ أيمان بعد أيمانهم﴾[3] قال الشيخ ﷺ: فأثبت تعالى يميناً مردودة بعد يمين أي بعد وجوب يمين[4].

وأمّا السنّة: فمن طريق العامّة على الظاهر ما روي عنه ﷺ أنّه ردّ اليمين على طالب الحقّ[5]، وقوله ﷺ: «المطلوب أولى باليمين من الطالب»[6] وظاهر الأولويّة الاشتراك. ومن طريق الخاصّة ما رواه هشام في الحسن عن الصادق ﷺ قال: «يردّ اليمين على المدّعي»[7]. قالوا: وهو ـ أي المدّعي ـ عامّ. والظاهر أنّ الرادّ هو القاضي، وكلّ ما دلّ على ثبوت حقّ المدّعي بترك حلفه ممّا تقدّم من الروايات[8] كرواية عبيد بن زرارة ونحوها.

---

(١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠١.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٥.
(٣) المائدة: ١٠٨.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٢ المسألة ٣٨.
(٥) كنزالعمّال: ج ٥ ص ٨٥٠ ح ١٤٥٤٥.
(٦) مسند أحمد: ج ١ ص ٣٥٦، واللفظ هكذا: المدّعى عليه أولى باليمين.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٦ ب ٧ من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
(٨) تقدّم في ص ٢١٠.

وأمّا الإجماع: فهو إجماع «الخلاف[1] والسرائر[2]» لأنّه ذكر ذلك في موضعين ادّعى الإجماع في أحدهما.

وأمّا الاحتياط: فظاهر.

وأمّا الاعتبار: فله وجوه، منها: إنّ الجمهور نقلوا ذلك مذهباً لعليّ عليه السلام كما في «المختلف[3]». ومنها: إنّه يحتمل أن لا يعرف أنّ له الردّ وأنّه مع الردّ يجب الحلف، فإن نكل بطل الحقّ ظاهراً، وإذا جاز بطلانه على تقدير نكوله وجب على الحاكم التماس اليمين لئلّا يثبت المسقط للحقّ. ومنها: أنّ النكول جائز استناده إلى تعظيم حكم اليمين فلا يثبت بمجرّده الحقّ. ومنها: أنّ ردّ اليمين حقّ له فسقوطه بمجرّد سكوته غير معلوم وإن علم أنّ له ذلك وأنّ معه الاحتياط، ولهذا لم يجوّز بعضهم طلب البيّنة وسؤالها والحكم بغير سؤال صاحب الحقّ مع أنّه معلوم أنّهم لم يتحاكموا إلّا لذلك.

قلت: هذا قد يجعل دليلاً للقول الآخر بأن يقال: كيف يردّ اليمين من غير إذن المدّعى عليه؟ إلّا أن يقال: إنّ ذلك نافع له ولا ضرر عليه فيه فالإذن معلوم مع أنّ الحاكم مع سكوته كأنّه صار قائماً مقامه. هذا جميع ما استدلّوا به لهذا القول جمعته من كتب متفرّقة.

قلت: يمكن المناقشة في الجميع. وقد ناقش في كثير منها صاحب «المسالك» ونحن ننبّه على موضع مناقشته.

فنقول: أمّا الأصل بمعانيه فمدفوع عند الخصم بالأدلّة الدالّة على ثبوت الحقّ عنده كما في «المسالك[4]».

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٢ المسألة ٣٨.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٨٠.
(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٨٣.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٨.

قلت: ومعارض بمثله بمعانيه، وهو أنّ الأصل عدم التزام اليمين الّذي لم يعلم لزومها على المدّعي وعدم شغل ذمّته بها.

وأمّا الآية الشريفة: فليست ممّا نحن فيه بشيء أصلاً، وذلك أنّها نزلت على ما ذكر المفسّرون[1] في «عديّ بن بدي» و«تميم الداري» وذلك أنّهما خرجا إلى الشام، وكانا حينئذٍ نصرانيّين ومعهما «بديل» مولى عمرو بن العاص وكان مسلماً، فلمّا قدم الشام مرض بديل فدوّن ما معه في صحيفة وطرحه في متاعه ولم يخبرهما بها، وأوصى إليهما أن يدفعا إلى أهله ومات. ففتّشا متاعه وأخذا منه إناء فضّة فيه ثلاثمائة مثقال منقوشاً بالذهب، فغيّباه فأصاب أهله الصحيفة وطالبوهما بالإناء، فجحدا، فترافعوا إلى رسول الله ﷺ، فنزلت الآية الكريمة وهي يا أيّها الّذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصيّة اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ... ـ إلى أن قال جلّ ذكره ـ: ﴿فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنّا إذاً لمن الآثمين﴾ فحلفهما رسول الله ﷺ وخلّى سبيلهما. ثمّ وُجد الإناء في أيديهما فأتاهم بنو سهم أهل بديل في ذلك، فقالا: قد اشتريناه منه ولكن لم يكن لنا عليه بيّنة فكرهنا أن نقرّ به. فرفعوهما إلى رسول الله ﷺ فنزلت: ﴿فإن عثرا على أنّهما استحقّا إثماً فآخران يقومان مقامهما من الّذين استحقّ عليهم الأوّليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحقّ من شهادتهما وإنّا ما اعتدينا وإنّا إذاً لمن الظالمين﴾ قام رجلان سهميان وحلفا كذلك وكأنّه حصل لهما القطع من الخطّ والقرائن أو حلفا على نفي العلم فقال الله تعالى: ﴿ذلك أدنى أن يأتوا بالشّهادة على وجهها أو يخافوا أن تردّ أيمانٌ بعد أيمانهم﴾ فحاصل المعنى ذلك ـ أي الحكم أو تحليف الشاهدين ـ على هذا

---

(١) مجمع البيان: ج ٣ ص ٤٤٤ (مطبعة الأعلمي بيروت).

النحو، وهو أنّ شهادتهما أحقّ بالقبول، أقرب إلى الإتيان بالشهادة على وجههما وأقرب إلى الخوف من أن تردّ أيمان بعد أيمانهم، إن ردّ الشهود اليمين على المدّعين بعد أيمان الشهود فيفتضحوا بظهور الخيانة والأيمان الكاذبة. فكأنّه قال: إحلاف الشهود أولى من ردّ اليمين على المدّعيين فإذا حلفوا لعلّ الشهود يفتضحون. والشيخ نظر إلى هذا فقطع النظر عن سبب النزول ومخالفتها بعض القواعد من إعادة الدعوى وتحليف الشهود وشهادة الشهود مع غيبتهم.

وأمّا السنّة: من طريق العامّة ففيها على ما فيها إنّها غير صريحة ولا ظاهرة في المطلوب. أمّا الأُولى الّتي صرّح في «المسالك» أنّها من طرق العامّة لكن رواها في «الإيضاح» من غير أن ينسبها إلى العامّة فظاهرة في حكاية الحال، ويجوز كون ذلك بالتماس المنكر فيكون على القاعدة، فأين الدلالة على المطلوب؟ وكذا الحال في الثانية، وذلك لأنّ التفصيل في محلّه، لأنّ المنكر عليه اليمين فهو أولى بها من المدّعي، ولا تعرّض فيها ليمينه مع النكول، والتفصيل حاصل بدونه، على أنّه يمكن الاستدلال بها للقول الآخر، فيكون من قبيل قوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» والظاهر أنّها أيضاً من طرق العامّة لكن رواها في «المختلف» عن «الخلاف».

وأمّا من طريق الخاصّة، فنقول في حسنة هشام يمكن أن يكون المراد ردّ المدّعى عليه اليمين على المدّعي، فلا تدلّ على لزوم ردّها مع نكوله ولا على عدمه، سواء قلنا: إنّ المفرد المحلّى للعموم ـ كما هو الحقّ ـ أم لم نقل. فقوله في «المسالك»: فعموم «المدّعى» مبنيّ على كون المفرد المحلّى للعموم وهو غير مرضيّ عند الأُصوليين، محلّ تأمّل، لأنّ قوله هذا يدلّ على صحّة الاستدلال بها على تقدير العموم. ثمّ إنّ نسبة ذلك إلى الأُصوليين جميعاً كما هو الظاهر غير

صحيح والخلاف فيه معروف، على أنّ ولده[١] ادّعى أنّ كلمة الكلّ متّفقة على أنّه حقيقة في العموم في الجملة إلّا أنّ النفاة يثبتون معه معنيين آخرين، ثمّ إنّ الحقّ الحقيقي أنّه يدلّ على العموم من حيث تعلّق الحكم بالطبيعة فيدور معها حيثما دارت، لكنّه ليس على سبيل العموم اللغوي حتّى يشمل الأفراد النادرة، وولده اختار تعيينه للعموم إذا تعلّق به حكم من جهة دليل الحكمة، وهو أيضاً خطأ. ومحلّ ذلك فنّ الأُصول.

وأمّا رواية عبيد[٢] ففي طريقها القاسم بن سليمان ولم ينصّ عليه بجرح ولاقدح، ومع ذلك فهي ظاهرة في كون الرادّ هو المنكر، لأنّ الرواية هكذا عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يدّعى عليه بالحقّ ولا بيّنة للمدّعي؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له» فالظاهر أنّ ضمير «يردّ» راجع إلى المنكر كما أنّ نائب الفاعل في «يُستحلف» راجع إليه، إلّا أن تروى «يردّ» بالبناء للمفعول كما أنّ «يستحلف» كذلك ويكون الفاعل الّذي ناب عنه اليمين حيث بني للمجهول القاضي، فتأمّل.

وأمّا الإجماع: فمعارض بإجماع «الغنية» على الظاهر، على أنّه لا يسمع وعمدة القدماء يخالفون عليه كالصدوقين والمفيد والتقي والديلمي.

وأمّا الاحتياط: فمعارض بمثله، إذ الاحتياط يقضي أيضاً بعدم إلزام المدّعي باليمين الّذي لم يعلم أنّها لازمة عليه، فقد ذهب الاحتياط الّذي ادّعاه جماعة في المقام.

وأمّا الاعتبار: مع أنّه ليس بدليل، فيه: إنّ الجمهور إذا كانوا لا يتحرّجون

---

(١) يعني: ولد صاحب المسالك، صاحب المعالم رحمه الله، راجع المعالم مبحث العموم والخصوص، ص ١٠٤.

(٢) رواية عبيد بن زرارة المتقدّمة في ص ٢١٠.

وقيل: يقضي بنكوله مطلقاً.

ولايتأثّمون يقولون حقّاً وباطلاً، فكيف يعتمد على قولهم؟ وعمدة قدماء أصحابنا لايعرفون ذلك.

وأمّا قولهم: يحتمل أن لا يعرف له الردّ، قلنا على الحاكم أن يعرّفه ولذا قالوا: إنّه يقول له ثلاثاً: جعلتك ناكلاً.

وأمّا قولهم: إنّه مع الردّ يجب الحلف فإذا نكل بطل الحقّ ظاهراً إذا جاز بطلانه على تقدير نكوله وجب على الحاكم التماس اليمين لئلّا يثبت المسقط للحقّ ـ كما نقل عن المصنّف الاستدلال به ـ ففيه: أنّ ذلك فرع على وجوب ردّ اليمين عليه وهو عين المتنازع فيه. وأمّا الترك إجلالاً وتعظيماً فلا ينافي الردّ. وأمّا كون اليمين حقّاً له فلا تسقط بمجرّد سكوته، ففيه: أنّه لا يدلّ على أنّ الحاكم يردّ اليمين على المدّعي بل ينبغي له أن يقول له: ثلاثاً إن لم تحلف جعلتك ناكلاً.

قوله: ﴿وقيل: يقضي بنكوله مطلقاً﴾ أي من غير ردّ كما هو خيرة الصدوقين على ما نقل[1] و«المقنعة[2] والمراسم[3] والكافي[4] والغنية[5] والنهاية[6] والشرائع[7] والنافع[8] وتعليقه» للمحقّق الثاني[9] و«الكفاية[10]» وهو الأظهر عند الآبي[11]. وهو المنقول[12] عن «الجامع والكامل والموجز والتلخيص».

---

(١) نقله عنهما العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٨٠.
(٢) المقنعة: ص ٧٢٤.
(٣) المراسم: ص ٢٣١.
(٤) الكافي في الفقه: ص ٤٤٧.
(٥) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(٦) النهاية: ص ٣٤٠.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.
(٨) المختصر النافع: ص ٢٧٤.
(٩) لا يوجد لدينا التعليق المذكور.
(١٠) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩١.
(١١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠١.
(١٢) نقل عنهم الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠٠.

وقد أطبقوا إلّا الشيخ في «المبسوط[1]» في باب القسامة أنّ أولياء المقتول إذا لم يحلفوا وردّوا اليمين على المتّهم فنكل اُلزم الدعوى بمجرّد النكول، وفي ذلك أوضح تأييد لما هنا.

احتجّوا بعد أصل براءة المدّعي من وجوب اليمين عليه وإجماع «الغنية» على الظاهر بمارواه المحمّدون الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ في الصحيح عن محمّد ابن مسلم أنّه سأل الصادقعليه السلام عن الأخرس كيف يحلف؟ فقال: إنّ علياًعليه السلام كتب اليمين له وغسلها وأمره بشربها، فامتنع فألزمه الدين[2]. وظاهره أنّه لم يردّ اليمين على خصمه وإلّا لنقل ولزم تأخير البيان عن وقت الحاجة. والفاء في «فامتنع فألزمه» تدلّ على تعقيب الإلزام بغير مهلة، وهو ينافي تخلّل اليمين بينهما، ولافرق بين الأخرس وغيره إجماعاً كما في «غاية المراد[3] والمسالك[4]»، وبمارواه هشام وجميل في الحسن عن الصادقعليه السلام إنّ رسول اللهصلى الله عليه وآله قال: البيّنة على من ادّعى واليمين على من ادّعي عليه»[5] وقد سلف نقله. وجه الدلالة: أنّهصلى الله عليه وآله جعل جنس اليمين في جانب المدّعى عليه والبيّنة في جانب المدّعي، والتفصيل يقطع الشركة خرج منه ما ثبت بالدليل، وهو اليمين الّتي ردّها المدّعى عليه وبقي الباقي، وبمارواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله[6] قال: قلت للشيخ أخبرني عن الرجل يدّعي على الرجل الحقّ فلا تكون له البيّنة بماله؟ قال: فيمين المدّعى عليه فإن حلف فلا حقّ له، وإن ردّ اليمين على المدّعي فلم يحلف فلا حقّ له وإن لم يحلف

---

(١) المبسوط: ج ٧ ص ٢١١.
(٢) تهذيب الأحكام: باب الزيادات ج ٦ ص ٣١٩ ح ٨٦، ومن لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١١٢ ح ٢، ولم نجد الحديث في الكافي.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٣٦.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٤.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٠ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ ب ٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١.

فعليه. قال في «المسالك[1]»: رتّب ثبوت الحقّ عليه على عدم حلفه ولم يعتبر معه أمر آخر. وهذه الرواية لم يذكروها في الاستدلال مع أنّها واضحة الدلالة، وهي من الروايات المتلقّاة بالقبول للأصحاب، لأنّها مستند الحكم بثبوت اليمين على المدّعي على الميّت إذا كان له بيّنة.

قلت: الاستدلال بآخرها أيضاً واضح لا غبار عليه، وهو قوله عليه السلام فيمن ادّعى على الميّت: فإن ادّعى بلا بيّنة فلا حقّ له فلأنّ المدّعى عليه ليس بحيّ ولو كان حيّاً لأُلزم باليمين أو الحقّ أو ردّ اليمين. وقد دلّت على أنّ اليمين لا تردّ على المدّعي إلّا بردّ المنكر. وفي «الفقيه» لم يذكر قوله عليه السلام: «فإن لم تحلف فعليه» وإنّما ذكر في «الكافي والتهذيب».

هذا ما استدلّ به هؤلاء، ويمكن المناقشة في الجميع.

أمّا الأصل والإجماع: فقد علمت أنّهما معارضان بمثلهما.

وأمّا الصحيحة: فقد ناقش فيها الأردبيلي[2] بأنّه لعلّ الغرض بيان تحليفه كما هو المتبادر من أوّل الخبر فاقتصر على ذلك وما بيّن الردّ، أو كان ذلك معلوماً عندهم فلا يلزم التأخير عن وقت الحاجة، أو يقال: قد يكون ذلك مخصوصاً بالأخرس، قال: وهذا الأخير قدح ظاهر.

قلت: هذا لا قدح فيه مع دعوى الشهيدين الإجماع على عدم الفرق، نعم القدح الأوّل قدح ظاهر، ويؤيّده أنّه ما ذكر فيها أنّ الأخرس امتنع من ردّ اليمين على المدّعي، بل أقصى ما دلّت على أنّه امتنع من الشرب فألزمه، ولم يذكر فيها أنّه امتنع من ردّ اليمين على المدّعي مع أنّه حقّ له كما أفصحت به رواية عبد الرحمن حيث يقول عليه السلام فيها: ولو كان حيّاً لأُلزم باليمين أو الحقّ أو ردّ اليمين،

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٤. (٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٤.

فكما ترك فيها هذا المجمع عليه ترك فيها ما نحن فيه أعني ردّ الإمام ﷺ اليمين على خصم الأخرس.

وأمّا خبر هشام وجميل المشهور: فيمكن منع الحصر، وبعد التسليم يحتمل أنّ ذلك ثابت بالأصل فلا ينافي وجود كلّ واحدة بالعارض كما قد تتعارض البيّنات، وقد اختلفوا في ذلك فقال قوم بتقديم بيّنة المدّعي وآخرون قالوا بالعكس.

وأمّا صدر رواية عبد الرحمن الّذي استدلّ به في «المسالك» فقد قال في «المجمع[1]»: إنّ قوله ﷺ: «فإن لم يحلف» لعلّ الغرض منه بيان عدم سقوط الحقّ، لا أنّه يثبت على المنكر بمجرّد عدم حلفه.

قلت: ما هكذا تكون المناقشة والخروج عن الظاهر إلى الوهم. فالمناقشة فيها إنّما هو من جهة السند، لأنّ ياسين الضرير لم يوثّق، ومحمّد بن عيسى بن العبيد قد يطعنون عليه وإن كان الحقّ توثيقه.

هذا والحقّ ما اختاره جمهور القدماء، لمكان هذه الرواية الصريحة في المطلوب في صدرها وعجزها، وقد رواها المحمدون الثلاثة ﷺ المتلقّاة بالقبول عند الفقهاء كما ذكر في «المسالك[2]»، ولكن ليس في مستند الحكم في الدعوى على الميّت مقصوراً عليها كما ذكر[3] بل دليلهم مكاتبة الصفّار الصحيحة الصريحة أيضاً. ثمّ إنّ ياسين إماميّ مستقيم المذهب كما حقّقه المحقّق الداماد، وللصدوق أيضاً (إليه خ) طريق عند من يعتبر ذلك كالمجلسي وغيره، وله كتاب وهذا أيضاً من أنواع المدح عند بعضهم، ويروي عنه حمّاد بواسطة حريز، فيكون ثقة عند كثير من متأخّري المتأخّرين لأن كان حمّاد من أصحاب الإجماع. وبالجملة إن لم يعدّ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٥. (٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٥.

(٣) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٦.

حديثه حسناً فلا أقلّ من أن يكون قويّاً كما ذهب إليه الداماد، سلّمنا ولكن تلقّي الأصحاب لها في حكم الميّت وعمل الجمهور من القدماء وجماعة من المتأخّرين بمضمونها (ممّا خ) يقيم أودها ويشدّ عضدها، وصحيحة محمّد الّتي رواها المحمّدون في الأخرس مؤيّدة لها، وكذا باقي الروايات نأخذها مؤيّدة.

ويؤيّده أيضاً أنّ جماعة ممّن قال بالقول الأوّل رجع عنه فيما إذا ادّعى الوصيّ الوصيّة للفقراء وأنكر الورثة فإنّه لا يمكن الردّ، وفيما إذا شهد للميّت شاهد واحد بدين ولا وارث، فإنّه لا يمكن الردّ، إذ الوارث الإمام عليه السلام فلا يحلف، فاليمين متعذّرة في المقامين، فجزموا بالقضاء بمجرّد النكول كما يأتي في مبحث الحالف. ولذا ترى كثيراً ممّن اعتمد على القول الآخر كالآبي [١] والشهيدين [٢] والصيمري [٣] والأردبيلي [٤] والكاشاني [٥] قوّى هذا القول أو قرّبه أو استظهره ثمّ مال إلى الآخر لظنّه أنّه أحوط أو أقرب إلى الاحتياط، وقد علمت أنّ الاحتياط في ذلك الطرف أيضاً، إذ إلزام المدّعي بما لا يعلم وجوبه عليه مخالف للاحتياط، بل لعلّه ينكل عن اليمين استعظاما لها فيضيع حقّه. وقد علمت حال ما استند إليه أصحاب ذلك القول، إذ عمدة أدلّتهم الأخبار وقد علمت حالها، سلّمنا أنّها ظاهرة في ذلك لكن يمكن الجمع بحملها على ما إذا كان المنكر جاهلاً بأنّ له الردّ ولو علم لردّ فيردّ الحاكم عنه، أو نقول: إنّ القضاء بالنكول جائز والأولى الردّ لأن كان الاحتياط في إلزام المنكر بالحقّ أقوى من الاحتياط في الجانب الآخر ولا سيّما إذا كان المدّعي عالماً بأنّه لا يجب عليه الحلف كما هو الشأن في تغليظ اليمين على

---

(١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠١.

(٢) غاية المراد: ج ٤ ص ٤٠، ومسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٨.

(٣) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٣.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٨.

(٥) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٨.

ولو بذل المنكر اليمين بعد نكوله لم يلتفت إليه.

المنكر فإنّ له ذلك ولكن لا يجب على المنكر القبول ولعلّه لعدم صراحة تلك أو لعدم صحّتها. قال المحقّق في «الشرائع[1] والنافع[2]»: وهو المرويّ حيث حصر الرواية في المختار.

إذا تقرّر هذا فنقول: إذا كان المنكر جاهلاً بأنّ له الردّ أو مشتبهاً أو ناسياً لم يكن للحاكم أن يحكم عليه بمجرّد النكول بل لابدّ أن يقول له: إن لم تحلف أو تردّ جعلتك ناكلاً وقضيت عليك، فإن لم يفعل قضى عليه.

فإن قلت: إنّ هذا التفصيل غير موجود في كلام الذاهبين إلى هذا المذهب.

قلت: ما قالوا بالاستظهار ثلاثاً والواجب مرّة إلّا وأرادوا ذلك، وهذا ممّا يمكن أن يقال: إنّه يريد ما اخترنا، إذ لو لا القول بأنّه يقضي عليه بمجرّد النكول لم يكن هناك دليل على وجوب شيء من ذلك، لأنّ الحاكم إذا كان يجب عليه الردّ إذا نكل ما الحاجة إلى القول بوجوب واحدة أو ثلاث وما الدليل عليه وما الوجه فيه؟ فكلّ من اختار خلاف المختار مطالب ببيان الوجه في الوجوب كما تقدّمت الإشارة إلى ذلك في المسألة السالفة فليتأمّل جيّداً.

وليعلم أنّ مورد النّزاع إنّما هو في موضع يصحّ فيه الردّ كما إذا لم يكن وكيلاً ولا وصيّاً كما سبق ومن جعل هذا وجهاً للجمع بين الأخبار فقد أبعد.

قوله: ﴿ولو بذل المنكر اليمين بعد نكوله لم يلتفت إليه﴾ كذا قال: في «الشرائع[3] والنافع[4] والتحرير[5] والإرشاد[6]» وهذه العبارة لا تكاد تصحّ إلّا على ما حقّقه الأُستاد ـ جعلني الله فداه ـ من أنّ المراد إذا بذل اليمين بعد حكم

(١ و٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.

(٢ و٤) المختصر النافع: ص ٢٧٤.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٥.

(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٤.

الحاكم عليه بالنكول وقبل حلف المدّعي لا يُلتفت إليه.

وحكم الحاكم بالنّكول يتأتّى بقوله للمدّعي: احلف، كما هو ظاهر «التحرير» كما في القضاء بالحكم يتأتّى بقوله: اخرج له من حقّه. وبهذا يفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا ردّ المنكر اليمين من نفسه ثمّ بذلها، فإنّهم استشكلوا هناك واختلفوا وهنا لم يختلفوا.

وعلى غير هذا التأويل لا تصحّ العبارة أصلاً، لأنّك إن لم تقل بما قال الأُستاد[1] بل زعمت أن ليس هناك قضاء بالنكول للحاكم أصلاً وخالفت الظاهر من الاستظهار لا يمكنك تصحيح هذه العبارة الّتي أشكل فهمها على كثير من النّاس كالمحقّق الثاني[2] والشهيد الثاني[3] والمولى الأردبيلي[4] والكاشاني[5] وغيرهم[6]، وذلك لأنّهم إن أرادوا أنّه إذا نكل ولم يردّ ولم يحلف ثمّ بذل اليمين قبل أن يردّ الحاكم اليمين على المدّعي فلا وجه أصلاً لقولهم: «لم يُلتفت» لأنّه يلتفت إليه جزماً ويتلقّى بالقبول فإنّه لم يقل أحد ممّن اختار هذا المذهب: إنّه يثبت الحكم عليه قبل يمين المدّعي، وإن أرادوا أنّه لم يلتفت إليه بعد حلف المدّعي وقضاء الحاكم بثبوت الحقّ كما قيّده بذلك في «المسالك[7] وتعليق النافع» فهذا أمر واضح بديهي قليل الجدوى، وإن أرادوا أنّه لم يلتفت إليه بعد قول الحاكم للمدّعي: احلف وقبل الحلف والحكم، فالظاهر أنّه يُلتفت إليه إن لم نقل بما قال الأُستاد كما هو المفروض، لأنّ قوله للمدّعي: احلف ليس حكماً والنكول عندهم ليس إسقاطاً بل

---

(١) حاشية مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٣ ص ٧٧٨.

(٢) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٨.

(٣ و٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٥٨.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٤٨.

(٥) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٨.

(٦) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠١.

الردّ عندهم ليس إسقاطاً كما يأتي في الفصل الثاني في الحالف، على أنّ هذا خارج عن مدلول العبارة. وإن أرادوا أنّه لا يلتفت إليه بعد الحلف و قبل حكم الحاكم، ففيه إنّ هذا مبنيّ (يبنى خ) على أنّ حلفه هل هو بمنزلة البيّنة أو الإقرار، فإن كان بمنزلة البيّنة يلتفت إليه وإن كان بمنزلة الإقرار لا يُلتفت إليه، لأنّه لايحتاج معه عندهم إلى حكم الحاكم.

هذا كلّه إن قلنا: إنّه لا يقضى عليه بالحقّ بمجرّد النكول، وأمّا إذا قلنا يقضى عليه به بمجرّد النكول كما هو مختار المحقّق، فإن كان المراد قبل جعل الحاكم ناكلاً قبل الاستظهار أو في أثنائه فلا كلام في الإلتفات إليه حينئذٍ، وإن كان المراد أنّه بعد الاستظهار وحكم الحاكم بالنكول لا يُلتفت إليه، فالتنبيه في محلّه، لأنّه ليس بتلك المثابة من الوضوح حتّى يُدّعى أنّه من البديهيّات كما مرّ.

فهذا الفرع إن أعرضتَ عن مقالة الأُستاد إنّما ينطبق على القول المختار، ولم أجد من صرّح بذلك غير صاحب «المفاتيح [1]» حيث قال: وعلى الأوّل فلو بذل... إلخ.

فإن قلت: ما المانع من أن يكونوا أرادوا أنّه لو بذلها بعد ردّ الحاكم وقبل الحلف لا يلتفت إليه كذلك، وله وجه عندهم، لأنّ ردّ الحاكم كردّ المنكر وقد اختلفوا في ذلك فالشيخ في «المبسوط [2]» وابن حمزة [3] على أنّه إذا ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف ليس له ذلك إلّا برضا المدّعي، لأنّه لمّا ردّ أسقطها واستحقّها المدّعي فلابدّ من رضاه. والفخر في الإيضاح [4] على أنّ له ذلك، لأنّ ردّها على المدّعي يكون إباحة لـه أن يحلف ولا يلزم من إباحته اليمين خروجها

---

(١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٨.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢١١.
(٣) الوسيلة: ص ٢٢٩.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٩.

الثالث: السكوت

فإن كان لآفة من طرش أو خرس توصّل الحاكم إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين، فإن افتقر إلى المترجم لم يكف الواحد بل لابدّ من عدلين، وإن كان عناداً الزمه الجواب، فإن امتنع حُبس حتّى يبيّن.

كمن أباح للغير طعامه فله الرجوع قبل أن يؤكل. واستشكل في ذلك المحقّق والمصنّف كما سيأتي، قال المصنّف في الفصل الثاني في الحالف: ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قيل: ليس له ذلك إلّا برضا المدّعي، وفيه إشكال ينشأ من أنّ ذلك تفويض لا إسقاط[1].

قلت: يتوجّه عليهم إنّهم كيف اختلفوا واستشكلوا هنا ولم يختلفوا ولم يستشكلوا فيما نحن فيه، ولا وجه لذلك إلّا ما ذكره الاُستاد كما عرفت. وسيأتي للمصنّف إشكال فيما إذا بذله بعد الحكم بالنكول وادّعاؤه جهله بحكمه[2]، فليتأمّل.

[الجواب الثالث: السكوت]

قوله: ﴿الثالث: السكوت﴾ السكوت ليس جواباً في الواقع فيحتمل أن يكون الضمير في «أقسامه» راجعاً إلى شأن المدّعى عليه المفهوم من المقام لا إلى الجواب، أو يكون من باب تسمية الشيء باسم نقيضه كما يسمّى اللديغ سليماً، أو سمّي بذلك لمشاركته الإنكار في الحكم أو لعمومه كما إذا قال: لا أقرّ ولا انكر.

قوله: ﴿فإن امتنع حُبس حتّى يبيّن﴾ كما في «المقنعة[3] والنهاية[4]

---

(١) القائل هو الشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١٩٠ و٢١١.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٤٥. (٣) المقنعة: ص ٧٢٥. (٤) النهاية: ص ٣٤٢.

والخلاف[١] والمراسم[٢] والوسيلة[٣] والشرائع[٤] والنافع[٥] والمختلف[٦] والتحرير[٧] والإرشاد[٨] والإيضاح[٩] وغاية المرام[١٠] والمسالك[١١] والروضة[١٢] والمفاتيح[١٣]» وهو مذهب المتأخّرين كما في «المسالك[١٤] والكفاية[١٥]» وهو المنقول عن «الجامع للشرائع[١٦]». وقد حكيناه في باب الإقرار[١٧] عن تسعة كتب.

وهو المرويّ كما في «الشرائع[١٨] والتحرير[١٩]» وقد اعترف جماعة بعدم الظفر بهذا الخبر[٢٠].

قلت: قد تتبّعت «الوسائل» في الباب فما وجدت ما يصلح دليلاً في المقام سوى الخبر المشهور، وهو قوله ﷺ «ليّ الواجد يحلّ عرضه وعقوبته»[٢١] وفي نقل آخر: «وحبسه» بدل «عقوبته» ولا تفاوت إذ العقوبة بعض أنواعها الحبس.

وجه الدلالة: أنّ الواجب عليه الجواب وهو حقّ امتنع مع قدرته. ويمكن أن

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٨ المسألة ٣٧.
(٢) المراسم: ص ٢٣١.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٢.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.
(٥) المختصر النافع: ص ٢٧٤.
(٦) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٥.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٦.
(٨) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٥.
(٩) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٣.
(١٠) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٤.
(١١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٦.
(١٢) الروضة البهية: ج ٣ ص ٨٦.
(١٣) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٤.
(١٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٦.
(١٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٦.
(١٦) حكاه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠٢.
(١٧) تقدّم في ج ٢٢ ص ٤٠١.
(١٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.
(١٩) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٦.
(٢٠) منهم الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٧٠، والمحقّق السبزواري في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٦، والطباطبائي في رياض المسائل: ج ١٣ ص ١١٨.
(٢١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣٣ و٣٣٤ ب ٨ من أبواب الدين والقرض ح ٤، ولم نعثر في هذا الباب على النقل الآخر، نعم في ب ٧ من كتاب الحجر في هذا المجلد من الوسائل، ح ١ و٢ ص ٤١٨: أنّ علياً ﷺ كان يحبس في الدين.

يقال: على تقدير تسليم حجيّتها لأن كانت مشهورة بين الفريقين إنّها ظاهرة في الحقّ المالي الثابت و نحوه لا في مثل الجواب ونحوه، فتأمّل.

واحتجّ عليه في «المختلف» بأنّ الواجب عليه الجواب وهو كما يحتمل الإقرار يحتمل الإنكار فيجب عليه الحبس، وغيره ليس بواجب لأصل البراءة، وجعله ناكلاً يحتاج إلى دليل ولا دليل عليه في الشرع. احتجّوا بأنّ السكوت كالنكول، والجواب للمنع [١] انتهى.

قلت: إذا احتمل الإقرار والإنكار من أين يعلم ترتّب وجوب الحبس على ذلك دون غيره، إذ يحتمل أنّه يترتّب على ذلك جعله ناكلاً.

قولك: لا دليل عليه في الشرع، غير واضح، إذ قد اعترفت أنت أنّه يحتمل أمرين: الإقرار فيلزمه الحقّ، والإنكار فيكون ناكلاً، وقد صرّح هو في هذا الكتاب في الفصل السادس في النكول أنّ السكوت نكول [٢]، بل السكوت أولى بالنكول من الإنكار. ووجه الأولويّة من وجوه: الأوّل: إنّه نكل عن الجواب واليمين معاً. الثاني: إنّه لمّا لم ينكر احتمل الإقرار، فإذا قضيت عليه بالنكول أو اعتبرت يمين المدّعي مع صريح الإنكار فمع السكوت أولى. الثالث: إنّ الفساد فيه أشدّ وأظهر، مضافاً إلى أنّ الحبس قد يؤول إلى ضررهما فالمدّعى بالتأخير أو التضييع والمنكر بالعقوبة، فلم يترتّب على ذلك جدوى بل قد يؤول الأمر إلى الموت فتنتقل الدعوى إلى غيرهما فلا تنقطع، فقد ظهر أنّ هناك دليلاً من الشرع.

هذا كلّه، مضافاً إلى ما يظهر من دعوى الإجماع على القضاء بالنكول في «المبسوط والمهذّب والسرائر» حيث قال في «المبسوط»: إنّه الّذي يقتضيه مذهبنا [٣] وفي «السرائر»: أنّه الصحيح من مذهبنا وأقوال أصحابنا وما يقتضيه

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٥.
(٢) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٥٢.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٣٣٢.

المذهب[1] وفي «المهذّب» على ما نقل أنّه ظاهر مذهبنا[2]، فتأمّل، والمصنّف في الفصل السادس حكم بأنّ السكوت نكول[3]. ثمّ إنّ الردّ على المدّعي أردع له عن السكوت من الحبس والضرب وأسهل وأقبل للمدّعي.

هذا، وليعلم أنّ ما ذكرناه من أنّ السكوت أولى من الإنكار إنّما يتوجّه على المصنّف في «المختلف» حيث قال: إنّ السكوت يحتمل الإقرار والإنكار[4]، وذلك إنّما يكون في صورة السكوت بالكلّية، وأمّا إذا قال: لا أُقرّ ولا أُنكر وإنّه لقسم من السكوت ـ كما صرّحوا به ـ فلا يتوجّه قولنا: إنّ السكوت أولى من الإنكار أو مثله، لأنّه لعلّه فعل ذلك لغرض يزعم أنّه صحيح كما يأتي التنبيه عليه. ومن هنا يظهر لك قوّة القول بالحبس، لأنّه المشهور بل كاد يكون إجماعاً بين المتأخّرين، قد ادّعى المحقّق والمصنّف كما علمت أنّ هناك رواية تدلّ عليه حيث قالا: وهو المرويّ[5]، وهما ثقتان ومعناها معلوم، فيبقى الكلام في إرسالها فينجبر بالشهرة المعلومة، وجميع ما ذكرنا من الاعتبارات يسقط.

فإن قلت: لعلّهما أرادا هذا الخبر المشهور الغير الظاهر الدلالة.

قلت: هذا خلاف الظاهر بل ظاهرهما أنّ الرواية صريحة في ذلك، وهذا الخبر نأخذه مؤيّداً إن سلّمنا عدم دلالته.

فإن قلت: ما تصنع بظاهر «المبسوط والمهذّب والسرائر» إذ ظاهرها الإجماع كما ذكرت؟

قلت: مثل هذا يؤخذ مؤيّداً، وإلّا فلو كان هناك إجماع متحقّق لما قوّى الشيخ

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٦٣.
(٢) المهذّب: ج ٢ ص ٥٨٥.
(٣) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٥٢.
(٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٥.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٦، تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٦.

القول بالحبس بعد هذه العبارة بلا فاصلة والقاضي نفي عنه البأس، على أنّ القول بردّ اليمين بعد تسليم أنّ السكوت كالإنكار قد علمت الحال فيه، وأنّ الحقّ عدم الردّ لمكان النصّ القويّ الصريح، على أنّ القول في هذه بردّ اليمين مذهب الشافعيّة كما نصّ عليه في «الخلاف[1]»، وظاهره أنّ قول الأوّل قول أصحابنا إذ لم ينقل فيه خلاف من أصحابنا، وقد علمت أنّ من سبق على الشيخ كالمفيد[2] ومحمّد ابن علي بن حمزة[3] على المذهب الأوّل، وكذا من تأخّر عنه أو عاصره «كالديلمي[4]» ما عدا من توقّف كالشهيد في «الدروس[5]» بل علمت أنّ الشيخ نفسه ذهب في «النهاية[6] والخلاف[7]» إلى خلاف ما ذهب إليه في «المبسوط[8]».

وبالجملة فالقول بالحبس قويّ جدّاً، والقول الثاني لا بأس به بمعنى أنّه يقضي عليه بالنكول في مقام لم يحر جواباً من دون ردّ يمين، لأنّه حينئذٍ منكر كما هو المختار أو معه كما احتملناه في الجمع بين الأخبار من أنّ القضاء بالنكول جائز وردّ اليمين أحوط. وفي موضع يقول: لا أُقرّ ولا أُنكر فالحبس. وليس هذا خرقاً للإجماع المركّب لأمرين:

الأوّل: إنّه لم يستقرّ الخلاف، إذ ابن الجنيد له في المسألة مذهب غريب وهو أنّه يصاح في أُذُنه بعد تحليف المدّعي أنّه يتمرّد في سكوته وليس ذلك لآفة، وقد ذكره في «المختلف[9]» بعبارة مغلطّة فلم ننقلها. وهذا الشهيد ظاهره في «الروضة» التخيير بين الحبس والردّ[10] والشيخ علي بن هلال ـ على

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٣ المسألة ٣٩.
(٢) المقنعة: ص ٧٢٥.
(٣) الوسيلة: ص ٢١٧.
(٤) المراسم: ص ٢٣٠.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٧.
(٦) النهاية: ص ٣٤٢.
(٧) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٠ المسألة ٣٨.
(٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٠.
(٩) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٢٦٤.
(١٠) الروضة البهية: ج ٣ ص ٩٣.

وقيل: يُجبر عليه، وقيل: يقول له الحاكم: إن أجبت وإلاّ جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على المدّعي، فإن أصرّ ردّ اليمين على المدّعي.

الظاهر ـ خيّر بين الردّ والحبس والضرب[١].

الثاني: أنّ هذا التفصيل في الحقيقة قول بالحبس، لأنّا إذا جعلنا الساكت بالكلّيّة مثل المنكر أو أولى منه كان حكمه حكمه فيبقى الشقّ الآخر وقد حكمنا عليه بالحبس، فليتأمّل جيّداً.

ومن هنا ومن أنّ في الجبر إضراراً بالمدّعى عليه من دون دليل ظهر ضعف القول بالجبر، لأنّه من باب الأمر بالمعروف. وقد تقدّم لنا في باب الإقرار ما له نفع تامّ.

قوله: ﴿وقيل: يقول له الحاكم ... إلخ﴾ قد عرفت أنّ القائل بذلك الشيخ في «المبسوط[٢]» وأبو عبدالله العجلي في «السرائر[٣]» والمصنّف في الفصل السادس[٤]. وهو المنقول عن «المهذّب[٥]». وعرفت ما رجّحنا به هذا القول وما ورد عليه.

وقد يرد عليه أيضاً: أنّ المدّعى عليه قد يكون أدّى الحقّ من دون إشهاد أو ماتت الشهود ونحو ذلك فلا يمكنه ينكر لأنّه غير صحيح، ولا يقرّ لأنّه يلتزم به شرعاً، فلا مناص له عن السكوت.

ويجاب بأنّه يورّي كأن يقول له المدّعي: أعطيتك مائة فيقول: لا تستحقّ عندي بشيء أو ذمّتي غير مشغولة لك بشيء.

---

(١) لم نعثر عليه. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٠. (٣) السرائر: ج ٢ ص ١٦٣.
(٤) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٥٢. (٥) المهذّب: ج ٢ ص ٥٨٥.

الفصل الثالث: في كيفيّة سماع البيّنة

إذا سأل الحاكم المدّعي بعد الإنكار عن البيّنة وذكر أنّ له بيّنة لم يأمره بإحضارها، لأنّ ذلك حقّه.

وقيل: له ذلك. فإن جهل قال له: أحضرها إن شئت، فإذا أحضرها لم يسألها الحاكم حتّى يسأله المدّعي ذلك، لأنّه حقّه فلا يتصرّف فيه من غير إذنه.

الفصل الثالث: في كيفيّة سماع البيّنة

قوله: ﴿لم يأمره بإحضارها﴾ كما في «المبسوط[1] والسرائر[2] والمهذّب» على ما نقل عنه[3] و«الدروس[4] والمختلف[5]» وظاهر «اللمعة[6] والإيضاح[7]» وغيرها، لأنّ ذلك حقّه فلا يأمره بالاستيفاء، وذلك إذا علم المدّعي أنّ له ذلك وأنّ ثبوت الحقّ يتوقّف عليها.

قوله: ﴿وقيل: له ذلك﴾ كما اختاره في «المقنعة[8] والنهاية[9] والمراسم[10] والكافي[11] والكامل» على ما نقل عنه[12] و«الغنية[13] والوسيلة[14] والشرائع[15]

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١١٥.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٥٨ و١٦٥.
(٣) حكى عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠٣.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٨.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٥٩.
(٦) اللمعة الدمشقية: ص ٩٦.
(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٣.
(٨) المقنعة: ص ٧٢٢.
(٩) النهاية: ص ٣٣٩.
(١٠) المراسم: ص ٢٣١.
(١١) الكافي في الفقه: ص ٤٤٦.
(١٢) حكى عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠٣.
(١٣) غنية النزوع: ص ٤٤٥.
(١٤) الوسيلة: ص ٢١٢.
(١٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.

فإذا سأله المدّعي سؤالها قال: من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء، ولا يقول لهما: اشهدا. فإن أقاما الشهادة لم يحكم إلّا بمسألة المدّعي. فإن سأله الحاكم (الحكم خ) وعرف عدالتهما بالعلم أو بالتزكية واتّفقت شهادتهما ووافقت الدعوى قال للخصم: إن كان عندك ما يقدح في شهادتهم فبيّنه عندي،

والنافع[1] والتحرير[2]» وغيرها.

ويمكن الجمع بأنّ النافي ينفي مع علم المدّعي بذلك والمجوّز يجوّزه مع الجهل أو مع العلم لقيام شاهد الحال، بل ربّما وجب أو استحبّ، فله الأمر إيجاباً وندباً. وقد تقدّمت الإشارة إلى هذا. وكذا الكلام فيما إذا أحضرها فهل للحاكم أن يسألها؟ قولان قد تقدّمت[3] الإشارة إليهما. والحقّ أنّ له ذلك لقيام شاهد الحال أو أنّ ذلك حقّ للحاكم، فتأمّل. ويكفي في جواز السؤال أن يقول المدّعي إذا أحضرها: هذه شهودي وبيّنتي، ونحو ذلك.

قوله: ﴿ولا يقول لهما: اشهدا﴾ لأنّه قد يتوهّما أنّ عليهما ذلك وإن لم يعلما بالحال، فتأمّل.

قوله: ﴿لم يحكم إلّا بمسألة المدّعي﴾ قد مرّ القول[4] بأنّه له الحكم وإن لم يسأله المدّعي، ولعلّ المجوّز والنافي تسالما على أنّه مع جهل المدّعي مطالبة الحاكم بالحكم له أن يحكم.

---

(١) المختصر النافع: ص ٢٧٣.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٥.

(٣) تقدّم البحث في ص ١٥٢.

(٤) تقدّم البحث في ص ١٩٨.

فإن سأل الإنظار أنظره ثلاثة أيّام، فإن لم يأت بجارح حكم عليه بعد سؤال المدّعي، وإن ارتاب بالشهادة فرّقهم وسأل كلّ واحد عن جزئيات القضيّة فيقول: في أيّ وقت شهدت؟ وفي أيّ مكان؟ وهل كنت وحدك؟ وهل كنت أوّل من شهد؟ فإن اختلفت أقوالهم أبطلها وإلّا حكم. وكذا يبطلها لو لم يوافق الدعوى وإن اتّفقت.

قوله: ﴿أمهله ثلاثة أيّام﴾ كذا قال الجمّ الغفير من الأصحاب [١] من دون تفصيل بين ما إذا كانت بيّنة الجرح بعيدة بحيث لا تحضر في ثلاثة وبين أن يكون قريبة، فلعلّ الحكم مخصوص بما عداه فيمهل حينئذٍ زيادة عن الثلاثة. ويحتمل الحكم بالفعل وعدم الإمهال لثبوت الحقّ بالعدالة والأصل والظاهر ينفيان الجرح حتّى يثبت وعدم وضوح دليل على الإمهال ولو ثبت بعد ذلك جرحهم له أن يرجع بالحقّ.

هذا، والوجه في الإنظار أنّه يدّعي أمراً ممكناً فقد يكون صادقاً، فلو لم يُسمع لكان ظلماً. وقوله عليه السلام لشريح: «واجعل لمن ادّعى شهوداً غيّباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقّه وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية» [٢].

وأمّا التقدير بالثلاثة فلأنّ الأكثر منه ضرر على المدّعي والإمهال يوجب تعطيل الأحكام، ولأنّ هذا التقدير متعارف بين الناس في معاملاتهم وسياساتهم وهو مقدّر في بعض المسائل الفقهيّة كما في خيار الحيوان وخيار التأخير وحبس الغريم على مختار الشيخ في «المبسوط [٣]» ونحو ذلك كنداء المنادي على باب

---

(١) منهم الشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١٣٠، وابن حمزة في الوسيلة: ص ٢١٥، والشهيد في الدروس: ج ٢ ص ٩٠.

(٢) الكافي: ج ٧ ص ٤١٣ ح ١.

(٣) المبسوط: ج ٢ ص ٢٧٢.

فلو ادّعى على زيد قبض مائة دينار نقداً منه فأنكر، فشهد واحد بقبض المال لكن بعضه نقد وبعضه جنس منه، وشهد الآخر بقبضه نقداً لكن من وكيله سقطت البيّنة. ولو قال المدّعي: لي بيّنة وأُريد إحلافه ثمّ أحضر البيّنة لإثبات حقّي لم يكن له ذلك. ولو رضي باليمين وإسقاط بيّنته جاز.

ولو أقام شاهداً واحداً وحلف ثبت حقّه،

الممتنع من الحضور بمجلس الحكم ثلاثة أنّها تستمرّ بابه ثمّ بعد ذلك ينادي أنّه يقام عنه وكيل ويقضى عليه. ولعلّ التقدير بالثلاثة جرى على الغالب من أنّه يسافر يوماً ويفحص يوماً ويرجع يوماً فتأمّل. والظاهر أنّ الأصحاب لا يختلفون على هذا المقدار كما هو ظاهر الشهيد الثاني في «حاشيته على الروضة» نسبت إليه.

قوله: ﴿فلو ادّعى على زيد ... إلخ﴾ هذا الفرع ممّا اختلفت فيه البيّنة وخالفت الدعوى، وظاهره أنّه مثال لما اتّفقت فيه الأقوال وخالفت الدعوى، فتأمّل والأمر سهل.

قوله: ﴿ولو قال المدّعي لي بيّنة ... إلى قوله: جاز﴾ هذان الحكمان محلّ وفاق ويزيد الثاني بدلالة النصوص عليه.

قوله: ﴿ولو أقام شاهداً وحلف ثبت حقّه﴾ سواء كان ذلك الحقّ عيناً أو ديناً. وخصّه في «النهاية[1] والاستبصار[2] والتهذيب[3] والغنية[4] والمراسم[5]

---

(١) النهاية: ص ٣٣٤. (٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٢ و٣٣.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩١ ج ٦ ص ٢٧٣ ح ١٤٦ ـ ١٥٠.
(٤) غنية النزوع: ص ٤٣٩. (٥) المراسم: ص ٢٣٣.

وإن نكل لم يثبت حقّه في هذا المجلس.

والكافي[١] والإصباح[٢]» بالدين. ويأتي الكلام فيه إن شاء الله في الفصل الخامس. ونجمع بين القولين بحمل الدين في الأخبار على المال لمكان الإجماع والأخبار المتظافرة. وعلى كلّ حال لابدّ من تقييده بما إذا كانت الدعوى ممّا يثبت بشاهد ويمين.

قوله: ﴿وإن نكل لم يثبت حقّه في هذا المجلس﴾ لأنّه ليس كاليمين المردودة، بل له الحلف في مجلس آخر فإنّ يمينه بمنزلة شاهد آخر. وسيأتي للمصنّف في الفصل السادس أنّ في المسألة احتمالين: عدم القبول إلّا بشاهد آخر والقبول، واحتمل أيضاً أن يكون نكوله كحلف المدّعى عليه، لكن هذا إذا لم يقم شاهداً والاحتمالان الأوّلان إذا أقام شاهداً ونكل عن اليمين، والحقّ عدم القبول إلّا بشاهد آخر كما في «المبسوط[٣]» لسقوط اليمين بالنكول فلا تعود، ولأنّه كالنكول بعد نكول المنكر. وقد نصّ الأكثر[٤] على سقوط الحقّ ظاهراً وباطناً في هذا لمكان الأخبار المتظافرة[٥]. نعم بعض الناس[٦] حمل هذه الأخبار على السقوط في المجلس فقط، لأنّ النكول ربّما كان للاحترام أو لتذكّر البيّنة كما يأتي بيان ذلك كلّه. والحاصل أنّ المصنّف قيّد عدم الثبوت مع الشاهد بالمجلس، وهذا احتمال ثالث لم يذكره في الفصل السادس فليلحظ الفصل السادس.

---

(١) الكافي في الفقه: ص ٤٣٨. (٢) إصباح الشيعة: ص ٥٢٨.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٠.

(٤) منهم الشهيد في الدروس: ج ٢ ص ٨٩، الحلبي في الكافي في الفقه: ص ٤٤٧، ابن حمزة في الوسيلة: ص ٢٢٩.

(٥) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٦ ب ٧ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(٦) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٤٨.

وإذا أقام المدّعي عدلين لم يستحلف مع البيّنة، إلّا أن يكون الشهادة على ميّت فيستحلف على بقاء الحقّ في ذمّته استظهاراً

قوله: ﴿ولم يستحلف مع البيّنة﴾ للأصل والنصّ[1] والإجماع إلّا أن يدّعي الخصم الإبراء ولم يقدر على إثباته فيستحلف المدّعي حينئذٍ وعليه يحمل خبر وصيّة شريح[2] ـ على ضعفه ـ أو يحمل على ما إذا كان المدّعى عليه ميّتاً.

قوله: ﴿إلّا أن تكون الشهادة ... إلى قوله: استظهاراً﴾ هذا الحكم قد عقد له باباً في «الفقيه[3] والوسائل[4]» وصرّح به في «المبسوط[5]» على ما نقل، ولم أجد به ذكراً في «المقنعة والانتصار والنهاية والخلاف والوسيلة والكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع للشرائع»، وبالجملة لم أجد أحداً صرّح به ممّن تقدّم على المحقّق غير الشيخ والصدوق بناءً على أنّ كلّ ما يرويه يفتي به، ويزيد هنا أنّه عقد له باباً لكن جماعة من المتأخّرين ادّعوا عليه الإجماع تارة ونفوا عنه الخلاف اُخرى كالشهيد الثاني في «المسالك[6] والروضة[7]» وصاحب «المجمع[8] والكفاية[9] والمفاتيح[10]».

والأصل فيه قويّ عبدالرحمن بن أبي عبدالله ـ المتقدّم ـ قال: قلت للشيخ

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٧ ب ٨ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٥٥ ب ١ من أبواب آداب القاضي ح ١.

(٣) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٦٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ باب ثبوت الحق على المنكر ... وعدم ثبوت الدعوى على الميت إلّا ببينة ويمين.

(٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٩.

(٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٠.

(٧) الروضة البهية: ج ٣ ص ١٠٤.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥٦.

(٩) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٣.

(١٠) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٨.

خبّرني عن رجل يدّعي قبل الرجل الحقّ فلا يكون له البيّنة بماله؟ قال: فيمين المدّعى عليه ... إلى أن قال: فإن كان المطلوب بالحقّ قد مات فأُقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعي يمين بالله الّذي لا إله إلّا هو لقد مات فلان وأنّ حقّه لعليه، فإن حلف وإلّا فلا حقّ له، لأنّا لا ندري لعلّه قد وفّاه ببيّنة لا نعلم موضعها أو بغير بيّنة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البيّنة. فإن ادّعى ولا بيّنة له فلا حقّ له، لأنّ المدّعى عليه ليس بحيّ ولو كان حيّاً لأُلزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه، فمن ثمّ لم يثبت له عليه حقّ[1]. فهي مع صراحتها ووضوح دلالتها واشتهار مضمونها ورواية المحمّدين لها[2] وقوّة سندها معلّلة فقد تكمّلت شرائط العمل.

وصحيح محمّد بن الحسن الصفّار الّذي رواه المحمّدون الثلاثة ـ رضي الله عنهم ـ قال ثقة الإسلام: كتب محمّد بن الحسن الصفّار إلى أبي محمّد الحسن ابن علي عليه السلام: هل تقبل شهادة الوصيّ للميّت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدّعي اليمين. فكتب إليه: أيجوز للوصيّ أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً بحقّ له على الميّت أو على غيرها وهو القابض للوارث الصغير وليس للكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: نعم وينبغي للوصيّ أن يشهد بالحقّ ولا يكتم شهادته. وكتب إليه عليه السلام: أ و يقبل شهادة الوصيّ على الميّت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السلام: نعم من بعد يمين[3]. وهذا الأخير محلّ الدلالة. وقد رواه في «الفقيه[4] والتهذيب[5]» عن محمّد بن الحسن. وهذا الخبر لم يذكره صاحب «المسالك».

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ ب ٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١.

(٢) الكافي: ج ٧ ص ٤١٥ ح ١، والتهذيب: ب ٨٩ ج ٦ ص ٢٢٩ ح ٦.

(٣) الكافي: ج ٧ ص ٣٩٤ ح ٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧٣ ح ٣٣٦٢.

(٥) التهذيب: ج ٦ ص ٢٤٧ ح ٣١.

ويؤيّد ذلك خبر شريح حيث يقول عليه السلام: وردّ اليمين على المدّعي مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى وأثبت في القضاء[1] قال في «الوسائل» بعد إيراد خبر عبدالرحمن: وقد تقدّم ما يدلّ على ذلك في الرهن وغيره ويأتي ما يدلّ عليه في الشهادات[2]، فرجعت إلى الشهادات فوجدت صحيح الصفّار المذكور، ولم يكن عندي من «الوسائل» مجلّد الرهن لأرجع إليه إلّا أنّ الناقل ثقة ماهر فيجب قبول خبره، فقد اتّضح الحكم وتوفّر الدليل.

هذا وقد ناقش المولى الأردبيلي ـ طاب رمسه ـ في خبر عبد الرحمن من وجوه: منها: ضعف السند بالعبيدي والضرير[3].

قلت: قد عرفت أنّ الأصحّ أنّ العبيدي ثقة[4] ومن مثل أبي جعفر، وقد علمت حال ياسين[5] وأنّه إن لم يكن ممدوحاً فلا أقلّ من أن يكون حديثه قويّاً، على أنّ ذلك بعد تسليمه منجبر بالشهرة أو الإجماع.

ومنها: إنّه قال: قد يكون الشيخ غيره عليه السلام[6].

قلت: بعد تصريح الثقة الصدوق في «الفقيه» أنّه موسى بن جعفر عليه السلام[7] لا ينبغي أن يذكر هذا الاحتمال.

ومنها: إنّه قال في دلالتها أيضاً على المطلوب تأمّل، لعدم التصريح بتعدّد البيّنة[8]. قلت: إنّ مثل هذا منه رحمه الله لعجيب! إذ البيّنة في عرف الشارع عليه السلام جزماً

---

(١) الكافي: ج ٧ ص ٤١٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٣ ب ٤ من أبواب كيفية الحكم ذيل ح ١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥٨.

(٤) تقدّم في ص ٢١٧.

(٥) تقدّم في ص ٢٢١.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٥٩.

(٧) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٦٣ ح ٣٣٤٣.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٠.

وفي عرف الفقهاء حقيقة فيما فوق الواحد، كما لا يخفى على من لحظ الأخبار أدنى ملاحظة. ومنها: إنّه قال: إنّ ظاهرها وجوب اليمين المغلّظة على الوجه الّذي ذكر إن قلنا إنّ لفظ «عليه» يفيد الوجوب ولا قائل به، وإلّا فلا يدلّ على المطلوب فيمكن حملها على التقيّة، لأنّه مذهب أكثر المخالفين على ما في «المسالك» أو على الاستحباب[1].

قلت: إنّ في كلامه هذا حقّاً وباطلاً صرفاً، أمّا الحقّ: فما ذكره من أنّ ظاهر الرواية وجوب اليمين المغلّظة على الوجه المذكور فتكون مقيّدة للإطلاق في غيرها، إلّا أن تقول: إنّ قوله ﷺ: «الّذي لا إله إلّا هو» كلمة تقال عرفاً بعد لفظة الجلالة، فليس المراد إيقاع اليمين على هذا الوجه، فلذا تركه الأصحاب وإن كان الأقرب ذكره واعتباره. وأمّا الباطل: فهو قوله: إن قلنا لفظ «عليه» يفيد الوجوب، وذلك لأنّا ندّعي الإجماع على إفادتها الوجوب عرفاً، ولو شئت لذكرت مائة حكم حكم الفقهاء بوجوبه من قوله ﷺ «عليه» كما يظهر ذلك لمن لحظ أخبار العبادات، على أنّ الأُصوليّين صرّحوا بأنّ الخبر في معرض الإنشاء يفيد الوجوب، كقوله جلّ شأنه: ﴿والمطلّقات يتربّصن﴾[2] ونحوه[3]، والأمر أظهر من أن يستدلّ عليه.

هذا، وقد دلّت الرواية على أنّه لا يشترط في سماع البيّنة أن تقول: حقّ المدّعى به باقٍ إلى الآن كما اشترطه بعض على ما أظنّ.

وقد ناقش المولى المقدّس المذكور في صحيحة الصفّار بأنّها مكاتبة وأنّها مشتملة على ما يخالف بعض قواعدهم مثل قبول شهادة الوصيّ فيما هو وصيّ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٠.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) آل عمران: ٩٧.

فيه[1] كما هو ظاهر صدر الرواية.

قلت: المكاتبة حجّة ـ كما قرّر في فنّه ـ واشتمال الخبر على ما ليس بحجّة لايخرجه عن الحجيّة، على أنّ صدر الرواية يحتمل الأمرين: الأوّل: إنّ قوله عليه السلام: «فعلى المدّعي اليمين» يدلّ على أنّه ما رضي بشهادة الوصيّ، وإلّا فما الحاجة إلى اليمين مع الشاهدين، إذ الظاهر أنّ الرجل المشهود عليه حيّ، فعدوله إلى هذا الجواب من أساليب البلاغة كما هو ظاهر عند صدق التأمّل في محاورة البلغاء. الثاني: أن يكون ضمير «معه» راجعاً إلى الشاهد العدل، والرجل المشهود عليه ميّت، فيصير التقدير: إذا شهد مع العدل عدل آخر فعلى المدّعي اليمين، ويكون غير متعرّض للجواب عن حال الوصيّ. وحينئذٍ يكون هذا الخبر فيه دلالة أُخرى على ما نحن فيه، وأنّ هذا لواضح لمن أنصف.

قال: والسؤال الثاني في الخبر اشتمل على أمرين مخالفين للقواعد، الأوّل: إنّ شهادة الوصيّ مقبولة فيما هو وصيّ فيه. والثاني: إنّه لا يجوز للوصيّ أن يقضي دين الميّت إذا كان عالماً به[2].

قلت: السائل إنّما سأل عن الجواز من غير تعرّض للقبول وعدمه، فوقّع عليه السلام: أنّه يجوز وينبغي للوصيّ أن يشهد بالحقّ ولا يكتم الشهادة، معناه بحسب الظاهر قُبلت أم لم تُقبل. وأمّا عدم قضائه الدين مع علمه به فلعلّه كان لعدم علمه بالبقاء، إذ لعلّه أبرأه أو دفعه إليه أو يحمل على الاستحباب كما هو ظاهر جماعة[3] لرفع الخصومة والشبهة عن نفسه.

ثمّ إنّه ـ قدّس الله تعالى روحه ـ عارض أدلّتنا هذه بصحيحة للصفّار الأُخرى

(١ و ٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٠ و ١٦١.

(٣) منهم السيوري في التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٥٦، والمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦١.

عن أبي محمّد عليه السلام أنّه كتب إليه رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته ويقضوا ديونه لمن صحّ (صحّح خ) على الميّت بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار؟ فوقّع عليه السلام: على الكبار من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك[1].

قال المولى المذكور: هذه ظاهرة في أنّ لهم أن يقضوا بذلك الشهود العدول وليس فيه تعرّض اليمين ولو كانت اليمين مرادة لزم الإغراء بالجهل والتأخير عن وقت الحاجة[2].

قلت: هذه مكاتبة كالأُولى وهي مطلقة وغيرها مقيّدة فيحمل المطلق على المقيّد كما قرّر في فنّه. وقولك: يلزم الإغراء والتأخير عن وقت الحاجة، مذهب غريب، لأنّ الناس قد تسالموا على أنّه يجوز إيراد العامّ والمطلق من دون تخصيص وتقييد إذا كان في الأُصول والجوامع ما يقيّده، وإلّا لما قدرنا على تحصيل شيء من الأحكام إلّا نادراً، وإنّما خالف من خالف كالسيّد المرتضى[3] وغيره في تأخير العامّ عن وقت الخطاب إلى وقت الحاجة إذا لم يكن في الأُصول ما يقيّده، بل قد نقول: إنّ الروايتين رواية واحدة فيكون صدرها مقيّداً بعجزها أو بالعكس، أو نقول: إنّ هذه صدرت بعد تلك إلى غير ذلك من الوجوه.

لو لا أنّ شيخنا ـ جعلني الله فداه وأدام حراسته ـ أخذ عليّ أن أتعرّض لكلّ ما يذكره هذا الفاضل ـ طاب ثراه ـ لكنت في غنية عن التعرّض لمثل هذه الاعتراضات.

وليعلم أنّه لا فرق بين علم الحاكم بالحال وإقرار الميّت به عنده قبل الموت

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٤٣٨ ب ٥٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٢.

(٣) الذريعة في أُصول الفقه: ج ٢ ص ٣٦٢.

أمّا لو أقام بيّنة بعارية عين أو غصبيتها كان له انتزاعها من غير يمين.

بلحظة لا يمكن فيها الوفاء أو مدّة حضرها الحاكم بتمامها ولم يوف وبين عدمه لمكان العلّة، إذ احتمال الإبراء باقٍ ولا يلتفت إلى الأصل والظاهر من عمل بهذا الخبر. وحينئذٍ يسقط ما قوّاه في «المسالك[١]» لمكان الأصل والظاهر. وكذا ما اختاره في «المجمع» استناداً إلى أنّه إذا صحّ له الحكم بما يعلم غيره فيصحّ له أن يحكم بعلمه.

قلت: وأنت تعلم أنّ هنا لم يصحّ له الحكم بما علم غيره، وكذا لايصحّ له أن يحكم بعلمه لما ذكرنا من بقاء الاحتمال.

وليعلم أنّ الاستظهار هنابمعنى طلب الظهور، والمرادمنه الوجوب لاما يقابله، نعم إن أردف بقولنا: لا فرضاً، تعيّن حمله على الاستحباب كما سلف للمصنّف ﷺ عند الحكم بالنكول عند سكوت المدّعى عليه.

قوله: ﴿أمّا لو أقام ... إلى قوله: من غير يمين﴾ قال في «المسالك»: يجب الاقتصار على مادلّ عليه الخبر من كون الحلف على المدّعي مع دعواه الدين على الميّت كما يدلّ عليه قوله: «وأنّ حقّه عليه» وإنّا لا ندري لعلّه وفّاه[٢]. وقد اعترضه صاحب «المجمع» بأنّ ظاهر الرواية أعمّ، لأنّ المذكور فيها هو الحقّ ولا يدلّ على كونها في الدين، وقوله: «وإن لم يحلف فعليه»، «وأنّ حقّه لعليه» لايدلّ أيضاً إذ «عليه» يستعمل في العين أيضاً. نعم قوله: «وفّاه» يشعر بذلك، على أنّه هو علّة ونكتة وذلك قد يكون في الأخصّ

(١ و ٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٣.

من المطلوب كالبرص في استعمال المشمّس[١].

قلت: يريد أنّه نكتة لا علّة موجبة له. وقوله: «وفّاه» إنّما يشعر بذلك إشعاراً، فيه تأمّل، إذ ظهوره في الدين لا يخفى، ولقد أبعد في الاحتمال حتّى يجوّز كون العلّة الموجبة نكتة في الأخصّ من المطلوب، سلّمنا ثمّ ما ذا يصنع بالخبر الآخر الّذي صرّح فيه بالدين، إلّا أن تقول: إنّه لا يقول بحجيّته ودلالته، فما حكم به المصنّف في العين هو الحقّ للأصل بمعنييه براءة واستصحاباً والخروج عن الإجماع والنصّ للتصريح بالدين في صحيح الصفار وظهور التوفية في الأوّل به أو إشعارها، واحتمال التمليك مرجوح بخلاف الأداء أو الإبراء.

بيان ذلك: أنّ تجويز الانتقال ليس مقتضياً من حيث هو تجويز بل التجويز المعتضد بالقرائن، كقضاء الدين فإنّه واجب على المدين والظاهر أنّه لا يترك الواجب خصوصاً مع ظنّ الوفاة، ولأنّ الدين ينتفي بالقضاء والإبراء غالباً أعني وجودهما في الجملة في شيء من أوقات الإمكان، فالحلف يدفع ذلك الاحتمال في الأوقات الماضية، وأمّا العين فإنّ الّذي ينفيه فيها إنّما هو الردّ غالباً وبقائها يدفع الردّ وليس جواز التمليك نفس إيصال الحقّ إلى مستحقّه ولا مستلزماً له.

هذا، وقد قال في «المسالك»: ولو لم يوجد في التركة وحكم بضمانها للمالك ففي إلحاقها بالدين نظراً إلى انتقالها إلى الذمّة أو العين نظراً إلى أصلها؟ وجهان أجودهما الثاني[٢]. قال في «المجمع»: الظاهر بناءً على ما قال إنّه يجب العمل بمضمون الخبر أنّ أجودهما الأوّل بل ليس إلّا هو لأنّه صار ديناً، نعم على ما قلناه من الاقتصار على موضع الشهرة والنصّ هو الأجود، على أنّ التخصيص بعدم وجدانها في التركة الّذي يظهر منه أنّه غير معلوم التلف. والوجهان

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٣.

إنّما يجريان فيما إذا علم تلف العين[1].

ونحن نقول: العين إذا بقيت بعد الموت سواء تلفت حين الدعوى أو قبلها حالها حالها ما إذا بقيت إلى حين الدعوى من أنّه لا حاجة هناك إلى اليمين، أمّا لو تلفت قبل الموت تلفاً يوجب الضمان في التركة فعليه اليمين لتعلّق الدعوى بالذمّة فيشملها النصّ والإجماع، وتجري فيها العلّة. وقد علمت أنّ كلا مهما خال عن هذا التفصيل صريحاً وظاهراً مع أنّه لابدّ منه. ويحتمل أنّه إذا شهدت البيّنة على الإعارة أو الغصب أو نحوهما كما ذكر المصنّف ـ طاب ثراه ـ أنّه لابدّ من اليمين، نعم لو شهدت بأنّ العين ملك المدّعي الآن أو أنّ هذه حقّه كما في الخبر[2] كان له انتزاعها من غير يمين.

وظاهر «اللمعة[3] والدروس[4]» أنّه لابدّ من اليمين في العين والدين من دون تفصيل.

وإذا عرفت فاعلم أنّه قد اشتهر بين أهل عصرنا الإشكال في مسائل:

الأُولى: إذا ادّعى على آخر قد مات بدين ثمّ مات قبل إثبات دعواه، فجاء الوارث وأعاد الدعوى وأقام البيّنة على ذلك الميّت بذلك الدين فهل يجب عليه مع البيّنة اليمين، فإن نكل سقطت دعواه أم لا يجب؟

الثانية: ما إذا ادّعى الوصيّ أو الوليّ بدين لليتيم على ميّت وأقام بيّنة بذلك فهل يحكم بها أم ينتظر بها بلوغ اليتيم؟ فإن حلف وإلّا سقطت.

الثالثة: إذا ادّعى رجل على آخر بدين، فقال: لا أدري فهل يحكم عليه بذلك

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٣.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٧ ـ ١٧٨ ب ٨ من أبواب كيفية الحكم ح ١ و٢.

(٣) اللمعة الدمشقية: ص ٩٧.

(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٧.

ولو كانت الشهادة على صبيّ أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمّ اليمين.

أم يحلف على نفي العلم؟ وهذا سيأتي تنقيح البحث فيها في صدر الفصل الثالث في المحلوف عليه.

وأمّا الأُولى فتبنى الحال على الحال في الدعوى مع عدم الجزم وقد بيّنا فيما سلف[١] أنّها تسمع. وحينئذٍ فيحتمل السقوط لأنّها دعوى على ميّت فلابدّ من اليمين، ويحتمل الثبوت من دونها، لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة فيجب الاقتصار في الخروج عنها على ما هو المتبادر من الخبر من كون الحلف على المدّعي حيث يكون عالماً أصيلاً كما سمعت نحوه فيما حكمنا فيه من دعوى العين، مع ما عرفت من أنّ أصل الحكم لم يصرّح به من القدماء غير الشيخ في «المبسوط[٢]». وقد تقدّم في حجّة من لم يشترط في الدعوى الجزم[٣] ما يؤيّد هذا الاحتمال، ويقوى فيما إذا شهدت البيّنة بأنّه مات والحقّ باق في ذمّته إلى الآن، لكن إطلاق النصّ والفتوى يقضي بأنّه لابدّ من اليمين ولا سيّما إذا ادّعى الوارث العلم، فالأقوى أنّه حينئذٍ يكلّفه بها. ويبقى الإشكال فيما عدا ذلك خصوصاً فيما إذا شهدت البيّنة ببقاء الحق إلى الآن. ومنه يعلم الحال في الوصيّ.

قوله: ﴿فالأقرب ضمّ اليمين﴾ كما في «التحرير[٤] والإرشاد[٥] والإيضاح[٦] والدروس[٧] واللمعة[٨] والمبسوط» على ما نقل عنه[٩]. وهو مذهب الأكثر كما

(١ و٣) تقدّم في ص ١٧٧.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٩.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٥.
(٥) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٥.
(٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٤.
(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٠.
(٨) اللمعة الدمشقية: ص ٩٨.
(٩) نقله عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٠٦.

في «المسالك[1]». وخالف في «الشرائع[2] والنافع[3] والمسالك[4] والروضة[5] والمجمع[6]».

احتجّ الأوّلون بأنّ العلّة المنصوصة حجّة صريحة كانت أو إيماءً. وهنا قد أومى إليها بقوله: «لأنّا لا ندري» فكانت العلّة كون المدّعى عليه لا لسان له فيجيب. قال في «الإيضاح[7] والمسالك[8] والروضة[9]»: فيكون من باب اتّحاد طريق المسألتين. وردّ هذا الاحتجاج في «المسالك والروضة» بأنّ العلّة كونه ميّتاً، وأيضاً مورد النصّ ـ وهو الميّت ـ أقوى، لعدم إمكان الجواب منه.

قلت: هذه الكلمة ـ أعني اتّحاد طريق المسألتين ـ يطلقونها على القياس الجليّ أعني تنقيح المناط لا على منصوص العلّة، إذ منصوص العلّة من دلالة اللفظ. نعم قد يحصل فيه القطع بعدم الفارق فيكون جليّاً. ثمّ إنّ قوله في الاعتراض: «إنّ العلّة كونه ميّتاً» غير صحيح، بل العلّة قوله ﷺ: «لأنّا لا ندري» وما أومى إليه، فلا فرق في عدم الدراية حين الحكم بين أن لا يكون له لسان أصلاً قوّة أو فعلاً أو لا يكون له فعلاً. قولك: مورد النصّ أقوى، قلنا: قوّة الأصل مع الاشتراك في الدليل لا تضرّ في منصوص العلّة لأنّ كانت حجّة ناشئة من اللفظ كما عرفت، إنّما تضرّ في قياس الأولويّة إذا كان غير ناشئ من دلالة اللفظ عند من قال بحجيّة ذلك.

واحتجّ الآخرون بالأصل والمنع من اشتراك العلّة بما عرفت، والإحلاف حقّ لهم فلا عبرة بحلفه ما لم يحلفوه. وقد عرفت الحال في ذلك كلّه، والإحلاف

(١ و ٤ و٨) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٢.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.
(٣) المختصر النافع: ص ٢٧٤.
(٥) الروضة البهية: ج ٣ ص ١٠٥.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٦٤.
(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٤.
(٩) الروضة البهية: ج ٣ ص ١٠٥.

ويدفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل.

نفع له لا ضرر عليه، وهو على حجّته.

قوله: ﴿ويدفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل﴾ يدلّ عليه ما رواه الشيخ بإسناده عن أبي القاسم جعفر بن محمّد عن جعفر بن محمّد ابن إبراهيم عن عبدالله بن نهيك عن ابن أبي عمير عن جميل بن درّاج عن جماعة من أصحابنا عنهما عليهما السلام: «قالا: الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجّته إذا قدم، ولا يدفع إلى الّذي أقام البيّنة إلّا بكفلاء»[1]. وقد رويت بطريق واضح إلى جميل ابن درّاج، وما رواه محمّد بن مسلم عن الباقر عليه السلام مثله إلّا أنّ فيه «إلّا بكفلاء إذا لم يكن مليّاً»[2].

وقد اقتصر في الاستدلال في «المجمع» على خبر جميل وطعن فيه تارة بالإرسال، وأُخرى بمجهوليّة جعفر بن محمّد بن إبراهيم وعبد الله بن نهيك، وبأنّه غير عامّ، وأنّه إدخال ضرر على الغائب، إذ قد يكون له جواب قدح ونحو ذلك ويتعذّر ذلك بعد الحكم، وعلى تقديره فقد يتعذّر استيفاء الحقّ بموت الخصم وفقره أو الكفيل أيضاً، فينبغي الاقتصار على موضع الوفاق، وهو فيما إذا علم الخصم أنّه إذا لم يحضر يحكم عليه وهو غائب، لأنّه يكون أدخل ضرراً على نفسه[3].

قلت: أمّا الإرسال فهو إرسال جميل فيقبل عند بعض وصاحب إجماع، فلا

(١ و٢) وسائل الشيعة: ج١٨ ص٢١٦ ب٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح١ وذيله.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٤.

يلتفت إلى ما وراه عند المتأخّرين وقد أرسله عن جماعة يبعد أن يكون فيهم غير الثقة، فليس هذا الإرسال كغيره إذ قد توفّرت فيه جهات القبول. فأمّا جعفر بن محمّد بن إبراهيم: فهو الموسوي الّذي هو من مشايخ الإجازة إلى عبدالله بن أحمد ابن نهيك، كما نُصّ عليه في ترجمته. وأمّا عبدالله بن نهيك: فهو ما ذكرنا أعني ابن أحمد بن نهيك الجليل الصدوق، ولعلّه إنّما خفي عليه لنسبته إلى جدّه. وأمّا العموم: فمستفاد من المفرد المحلّى، وقد اعترفت به عن قريب وقلت: إنّه يفيد العموم عرفاً وقد بيّنا هناك وجه الإفادة. وأمّا بقيّة ما استند إليه: من إدخال الضرر ونحوه فممّا لا يصغى إليه لأن كان أوهن شيء، وكأنّه لم يظفر بخبر محمّد، كما أنّ صاحب «المسالك» لم يظفر بالخبرين معاً وإلّا لما طالب بالدليل على ذلك[1]، ولعلّه ظنّ ضعفهما فكانا في حيّز العدم، فتأمّل.

وليعلم أنّ الروايتين ظاهرهما أنّه لا يكفي الكفيل الواحد وعبارة المصنّف هنا لا تأبى عن ذلك، وفي «الإرشاد» قال: إلّا بكفيل[2]، فيحتمل أن يكون أراد الواحد. والوجه في تعدّد الكفلاء ظاهر، إذ لعلّه يموت أحدهما أو يغيب. ومن هنا يظهر اندفاع ما اعترض به في «المجمع» من أنّ الكفيل قد يموت ويفتقر[3].

وهل المراد كفالة البدن أو المال؟ احتمالان أظهرهما الثاني. ويحتمل اشتراط الكفيل عند عدم الملاء كما دلّ عليه خبر محمّد وقد تركه المصنّف، ولعلّ ذلك لضعف الخبر عن التخصيص. وخصّص بعضهم كصاحب «المسالك[4]» والمصنّف في «الإرشاد[5]» بما إذا لم يضمّ اليمين إلى بيّنة المدّعي كما يجيء على القول بعدم وجوب اليمين كما هو مختار المحقّق[6] وكما إذا كان وكيلاً فإنّه لا يحلف، وأنت

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٤.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٧.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٥.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٤.
(٥) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٧.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٥.

ولو أوصى له حال الموت ففي وجوب اليمين مع البيّنة حينئذٍ إشكال. ولو أقام شاهداً واحداً حلف يميناً واحداً.

ولو قال المدّعي: لي بيّنة غائبة خيّره الحاكم بين الصبر وإحلاف الغريم،

تعلم أنّا لا نجد فرقاً بين الأمرين حتّى في الوكيل، بل مقتضى الاعتبار أنّ التكفيل على القول بوجوب اليمين أظهر كما صرّح به المقدّس الأردبيلي[1]. ويأتي لهذا تتمّة في المقصد الخامس في الحكم على الغائب.

ثمّ ما فهم صاحب «المسالك[2]» من أنّ المحقّق لو كان قائلاً باليمين ما شرط الكفيل ولمّا لم يقل به شرط، فغير واضح من كلام المحقّق ولا مشار إليه، فتأمّل إذ لعلّه فهمه من مذهبه في الحكم على الغائب كما يأتي[3] الكلام فيه مفصّلاً إن شاء الله.

قوله: ﴿ولو أوصى ... إلى قوله: إشكال﴾ يريد أنّه لو أوصى له رجل عند موته بدين له على رجل آخر ميّت ففي وجوب اليمين حينئذٍ إشكال، فيكون الظرف ـ أعني حينئذٍ ـ متعلّقاً بالوجوب، أو نقول: إنّ التقدير ففي وجوب اليمين مع البيّنة الشاهدة بصدور الوصيّة حينئذٍ فيكون قيداً للصدور. والإشكال من عموم النصّ والفتوى بضمّ اليمين إلى المدّعي على الميّت لقيام احتمال الأداء والإبراء وإن قصر الزمان، وهذا أقرب بناءً على ما اخترناه آنفاً من قصور الزمان وظهور انتفاء الاحتمالات وأصل البقاء.

قوله: ﴿ولو أقام ... إلى قوله: واحدة﴾ نقل عن إملاء المصنّف أنّه قال: هذا جواب عن سؤال مقدّر، وتقريره أن يقال: اليمين مع البيّنة على الميّت وأمثاله

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٧.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٤.

(٣) يأتي في ص ٤٢٥.

وليس له ملازمته ولا مطالبته بكفيل. وكذا لو أقام شاهداً واحداً وإن كان عدلاً.

وقيل: له حبسه أو المطالبة بكفيل، لقدرته على إثبات حقّه باليمين فيحبس إلى أن يشهد آخر. وليس بجيّد.

مؤكّدة للبيّنة فهي متأخّرة عنها بالذات، واليمين الّتي تقوم مقام الشاهد من البيّنة فلو قامت مقامها لتأخّرت عن نفسها وهو دور. والجواب أنّ اليمين إنّما تـؤكّـد الشاهدين ولا احتياج إلى يمين تؤكّد الشاهد واليمين.

قلت: الوجه فيه بعد الأصل إنّ الشاهد واليمين حجّة لعموم ما دلّ على ذلك من الأخبار المستفيضة، لكن لابدّ من تقديم شهادة الشاهد على اليمين إجماعاً كما سيأتي. ولا يلزم من ثبوت اليمين في الشاهدين بنصّ مخصوص بهما ثبوتها في غير ذلك. وهذا مبنيّ على أنّ الشاهد واليمين أقوى من الشاهدين ولم يعلم ذلك. ثمّ إنّ اليمين إذا كانت على ما يشهد به الشاهد لا تدلّ على بقاء الحقّ إلى الآن فيبقى الاحتمال. فالّذي ينبغي أن يقال: إنّ الحاكم مخيّر بين أن يحلّفه يمينين أو يمينا واحدة جامعة بين النفي والإثبات كـأن يـقول: والله لقـد أقـرضته كـذا ولم أُبرئ ولم أستوف أو هي باقية إلى الآن.

قوله: ﴿وليس ... إلى قوله: بكفيل﴾ عملاً بالأصل ولأنّ ذلك نوع عقوبة لم يثبت موجبها. وخالف في ذلك الشيخ في «النهاية» حيث قال: يضرب له مدّة يحضر فيها بيّنته وتكفّل بخصمه، فإن لم يحضرها عند انقضاء الأجل خرج خصمه من حدّ الكفالة [1].

قوله: ﴿وقيل: إلى قوله: باليمين﴾ أي فيما يثبت بشاهد ويمين. ولعلّه

---

(١) النهاية: ص ٣٣٩.

ويكره للحاكم أن يعنّت الشهود بأن يفرّق بينهم إن كانوا من أهل البصيرة والورع. ويستحبّ في موضع الريبة.

ولا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد وهو أن يداخله في الشهادة أو يتعقّبه بل يكفّ عنه إلى أن يذكر ما عنده وإن تردّد، ولا يرغّبه في الإقامة لو توقّف ولا يزهّده،

اكتفى بالتعليل عن التقييد، أو تقول: إنّ اللام توقيتيّة كقوله جلّ ذكره: ﴿أقم الصّلاة لدلوك الشّمس﴾ [1] والقائل هو الشيخ في «المبسوط [2]» وقيّد الحبس بثلاثة أيّام فإن أثبت دعواه بيمين أو شاهد آخر وإلّا أطلق. وهو كما ذكر المصنّف ليس بجيّد، لأنّ سبب العقوبة إنّما هو ثبوت الحقّ لا القدرة عليه.

قوله: ﴿يعنّت الشهود﴾ أي يعظهم أو يفرّق بينهم فيحصل لهم العنت وهو التعب. والتعتعة أن يردّه ويجعله في تبلّد وعيّ، والمراد به هنا أن يداخله في الشهادة بزيادة لفظ أو يتعقّبه بلفظ يوافق الدعوى أو يخالفه وكأنّه عرفاً كذلك.

قوله: ﴿وإن تردّد﴾ أي في الجزم أو الكلام كأن يتلعثم.

قوله: ﴿ولا يزهّده﴾ كما صنع عمر برابع شهود الزنا على المغيرة [3] حيث قال له: إنّي أرى رجلاً أرجو أن لا يفضح الله به رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ، فنكل وحُدّ الثلاثة.

---

(١) الإسراء: ٧٨. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٥.

(٣) راجع المغني لابن قدامة: ج ١٠ ص ١٨٨، وشرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد: ج ١٢ ص ٢٢٧.

ولا يوقّف عزم الغريم عن الإقرار إلّا في حقّه تعالى

قوله: ﴿ولا يوقّف ... إلخ﴾ كما ورد في الأخبار[١]، لأنّ الله سبحانه غنيّ عن العالمين. وهذه المسألة إنّما ذكرت هنا استطراداً، لمناسبتها ترغيب الشاهد وتزهيده. والدليل على ذلك كلّه واضح.



(١) منها ماورد في قصة ماعز بن مالك، راجع سنن البيهقي: ج ٨ ص ٢٢٧.

المقصد الرابع

في الإحلاف

وفيه فصول:



الأوّل

لا تنعقد اليمين الموجبة للبراءة من الدعوى إلّا بالله تعالى

المقصد الرابع

في الإحلاف

قوله: ﴿الموجبة للبراءة من الدعوى﴾ قيّد بالدعوى لبيان أنّه لا يبرئ من الحقّ في الواقع إن كان كاذباً.

قوله: ﴿إلّا بالله﴾ أو باسم من أسمائه الحسنى وصفاته العليا كما في «الوسيلة[1] والنهاية[2] والسرائر[3] والشرائع[4]» وغيرها. ويحتمل أن يكون مراده

(١) الوسيلة: ص ٢٢٨.
(٢) النهاية: ص ٣٤٦.
(٣) السرائر: ج ٣ ص ٣٦.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٧.

ولو كان كافراً.

يقول: «بالله» باسم من أسمائه، وذلك لأنّا نحمل الله الواقع في الأخبار على المسمّى بلفظ مخصوص به مثل «الله» أو على الغالب عليه مثل «الرحمن» و«الرحيم» بل غيرهما ممّا يفيد ذلك مع القرائن مثل «الربّ» كما أُشير إلى ذلك في رواية الحلبي حيث قال عليه السلام: وأمّا قوله: لعمر الله، فإنّما ذلك بالله عزّ وجلّ[1].

قوله: ﴿ولو كان كافراً﴾ هذا الحكم في المسلم وفاقي وفي الكافر هو المشهور كما في «المجمع[2]». ولا فرق في ذلك بين الكتابي وغيره، وسواء كان حلفه بغيره أردع أم لا، ولا فرق بين من يعرف الله تعالى من الكفّار ومن لا يعرفه. قال في «المبسوط»: وإن كان وثنيّاً معطّلاً أو كان ملحداً يجحد الوحدانية لم يغلظ عليه واقتصر على قوله: «والله». فإن قيل: كيف حلفته وليست عنده بيمين؟ قلنا: ليزداد إثماً ويستوجب العقوبة[3] انتهى.

والأصل في ذلك الأخبار المستفيضة، كحسن الحلبي سأل الصادق عليه السلام عن أهل الملل كيف يستحلفون؟ فقال: لا يحلّفهم إلّا بالله عزّ وجلّ[4]. وخبر سماعة: هل يصلح لأحد أن يحلف أحداً من اليهود والنصارى والمجوس بآلهتهم؟ فقال: لا يصلح لأحد أن يحلف إلّا بالله عزّ وجلّ[5]. وقوله في صحيح سليمان بن خالد: لا تحلفوا اليهود ولا النصارى ولا المجوس بغير الله عزّ وجلّ فاحكم بينهم بما أنزل الله[6].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ من أبواب الأيمان ح ٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٧٨.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٥.

(٤ و٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٤ ب ٣٢ من أبواب الأيمان ح ٣ و١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٥ ب ٣٢ من أبواب الأيمان ح ٥.

وقيل: يفتقر في إحلاف المجوسي مع لفظ الجلالة إلى ما يزيل الاحتمال، لأنّه يسمّي النور إلهاً.

ومثله خبر جرّاح المدائني[١]. وقوله ﷺ: من كان حالفاً فليحلف بالله[٢]. و«من» من ألفاظ العموم، مضافاً إلى قوله جلّ ذكره: ﴿تحبسونهما من بعد الصّلاة فيقسمان بالله﴾[٣] ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾[٤] وهذه الأدلّة وإن كان بعضها مخصوصاً ببعض الكفار إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق، مضافاً إلى وجود العمومات من النصوص والفتاوى، لأنّه كما عرفت أنّ العبرة بعظم المقسم به فلا يضرّ عدم اعتقادهم كما أنّه لو لم يقصد الحالف الحلف وورّى لا ينفعه بل يترتّب عليه الأثر كما إذا لم يكن محقّاً.

قوله: ﴿وقيل: يفتقر ... إلى قوله النور إلهاً﴾ كما هو مختار الصدوق[٥] والشيخ في «المبسوط[٦]» والفخر في «الإيضاح[٧]» والشهيد في «الدروس[٨]» وحسّنه في «اللمعة[٩]» وربّما ظهر الميل إليه في «الروضة[١٠]». ونسبه إلى الشذوذ في «المفاتيح[١١]». قالوا: الوجه في ذلك أنّ المجوس أثبتوا أصلين: النور والظلمة وأسندوا خلق الخيرات إلى النور وخلق الشرور إلى الظلمة وجعلوهما إلهين[١٢]. فإذا اقتصر على قوله: «والله» احتمل أن يكون أقسم بالظلمة، فإنّ عَلَميّة «الله»

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٤ ب ٣٢ من أبواب الأيمان ح ٢.
(٢) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٤٤ ح ٤. (٣) المائدة: ١٠٦. (٤) النور: ٥٣.
(٥) نقله عنه الشهيد في الحواشي النجارية على ما نُقل عنه.
(٦) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٥. (٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٥.
(٨) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٦. (٩) اللمعة الدمشقية: ص ٩٧.
(١٠) الروضة البهية: ج ٣ ص ٩٤. (١١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٥.
(١٢) لاحظ المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٥، شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٧.

ولا يجوز الإحلاف بغيره من كتاب منزل أو نبيّ مرسل أو إمام أو مكان شريف أو بالأبوين.

ليست معلومة وإن علمناها لم نعلم بعلم المجوسي الحالف، فيمكن أن لا يريد معنى الإله. وأمّا إذا ضمّ إليه نحو «الّذي خلقني ورزقني» تنتفي إرادة النور بيقين، مع أنّه لامخالفة فيه للإجماع والنصوص، وما فيه شيء إلّا ما مضى من أنّ النيّة نيّة المحلف والعبرة بعظم المقسم به فلا حاجة إلى الزيادة.

قال في «المسالك»: وعلى قول الشيخ يضيف إليه قوله: «خالق النور والظلمة [1]».

قلت: فيه إنّ الشيخ لم يصرّح بذلك وإنّما قال: ما يزيل الاحتمال [2] فكيف يخصّ هذا ويحمل على خلاف الصواب، إذ ليس عند المجوس إله خلق النور والظلمة أو كلّ شيء. ومن هنا يظهر لك ما في «الدروس [3] واللمعة [4]» حيث أضاف فيه: «خالق النور والظلمة» وقال فيها: «خالق كلّ شيء».

قوله: ﴿ولا يجوز ... إلى قوله: أو بالأبوين﴾ هذا هو المشهور بين الأصحاب، قال في «السرائر»: فإنّ اليمين بجميع ذلك بدعة في شريعة الإسلام [5]. وعن أبي علي: لا بأس أن يحلف الإنسان بما عظم من الحقوق، لأنّ ذلك من حقوق الله عزّ وجلّ كقوله: وحقّ رسول الله ﷺ وحقّ القرآن، ثمّ ذكر نهي النبيّ ﷺ عن الحلف بغير الله والآباء. واحتمل أن يكون ذلك لاشتراك آبائهم [6].

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٢.
(٢) تقدّم في ص ٢٥٦.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٦.
(٤) اللمعة الدمشقية: ص ٩٧.
(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٨٢.
(٦) حكى عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ١٤٢.

وقطع الشهيد بالتحريم في الدعوى وتردّد في غيرها[١]. وفي «المبسوط» أنّ الحلف بغير الله مكروه[٢].

حجّة الأكثر النصوص المستفيضة، كقول الباقر عليه السلام (الصادق عليه السلام خ) في حسن محمّد: «ليس لخلقه أن يحلفوا إلّا به»[٣] وقوله عليه السلام في خبر أبي حمزة: «لا تحلفوا إلّا بالله»[٤] وقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: «لا أرى أن يحلف الرجل إلّا بالله»[٥] وخبر سماعة المتقدّم[٦] وهو أصرحها دلالة، وقوله صلى الله عليه وآله في بعض الأخبار: «من حلف بغير الله فقد أشرك» وفي بعضها: «فقد كفر»[٧]. قال في «المبسوط»: وقيل في قوله: «فقد أشرك» إنّ معناه الشرك الحقيقي وهو أن يعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقده في الله تعالى ذكره[٨].

إذا عرفت هذا، فنقول: هنا أمران: حلف وإحلاف، والأخبار ما عدا خبر سماعة إنّما دلّت بظاهرها على الحلف دون الإحلاف إلّا أن تروى بالتشديد وهو بعيد. وقد استدلّ بها الأصحاب على الإحلاف لكونه يستلزمه في مقام الدعوى. وحينئذٍ يصحّ لنا أن نقول: إنّ إطلاق الأخبار وكلام الأصحاب منزّل على خصوص الدعوى والإحلاف فيها، لأنّا لو أبقيناها على إطلاقها أشكل الأمر، لأنّ الحلف بغير الله جائز كما يأتي فيكون التحريم مختصّاً بها، فلا يحصل الغرض المطلوب منها في الدعوى للإجماع ولأنّ النهي يقتضي الفساد، أو يكون المراد من أكثر الفتاوى والنصوص أنّه لا يصحّ ذلك ولا يحصل الغرض

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٦. (٢) المبسوط: ج ٦ ص ١٩١.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٢٣ ب ٣٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٢٤ ب ٦ من أبواب أحكام الأيمان ح ١.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٠ ب ٣٠ من أبواب أحكام الأيمان ح ٤.

(٦) تقدّم في ص ٢٥٥. (٧) عوالي اللآلي: ج ٣ ص ٤٤٤ ح ٨ و٩.

(٨) المبسوط: ج ٦ ص ١٩٢.

المطلوب في الدعوى ولا ينعقد في غيرها بحيث يترتّب عليها الكفّارة من دون تعرّض للإثم وعدمه كما أُشير إليه في بعض العبارات الّتي قيل فيها: ولا يصحّ ولا ينعقد، ونحوه. وهذا إنّما يتمّ في بعض الأخبار والعبارات كما عرفت، وأمّا ما صرّح فيه من الأخبار بعدم الجواز لأنّه شرك وكفر فينزّل على ما إذا اعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقده في الله، وإلّا فقد دلّت الأخبار المتواترة معنى على جواز الحلف بغير الله[1] واستمرّت الطريقة على ذلك إلى هذا الآن من الحلف برسول الله ﷺ وعيش عاش فيه، وبأمير المؤمنين ﷺ إذ قد أقسم به أبناؤه الطاهرون وأصحابه المخلصون[2]. وبالجملة الأمر أشهر من أن يستدلّ عليه.

ومن هنا يظهر أنّ حمل الأخبار على الكراهة في غير الدعوى كما في «المسالك[3] والكفاية[4]» وغيرهما[5] فخطأ محض، وذلك لأنّ فيه زيادة على ما ذكرنا من استمرار الطريقة أنّه يكون مفاد الأخبار حينئذٍ أنّ الحلف بالله ليس مكروهاً إذ الظاهر من قوله ﷺ: «لا تحلفوا إلّا بالله» و«ليس لخلقه أن يحلفوا إلّا بالله» إذا قلنا بالحمل على الكراهة أنّ الحلف بالله ليس مكروهاً مع أنّ الحلف بالله مطلقاً مكروه إلّا مع الضرورة أو لغرض، وناهيك بقوله ﷺ في رواية أبي أيّوب

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١٥ ب ١ من أبواب الأيمان.

(٢) راجع البلد الأمين: ص ١٩٦ والصحيفة السجادية، دعاؤه ﷺ في المناجات الرقم: ٢٠٩ ص ٤٩٦ وإقبال الأعمال لابن طاووس: في أعمال ليلة القدر ص ١٨٧، والبلد الأمين: ص ٧٢٠ الدّعا بعد زيارة عاشوراء: وبحقّهم أسألك وأقسم وأعزم عليك وبالشأن الّذي لهم عندك ... ، ومصباح الزائر: في أعمال يوم الغدير ص ١٧٢، وراجع وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦١ ب ٣٠ من كتاب الأيمان ح ٦ و٧ و٨ وغيرها ممّا يدلّ على جواز الحلف بغير الله تعالى.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٣. (٤) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٩.

(٥) كالمبسوط: ج ٦ ص ١٩١.

فإن رأى الحاكم إحلاف الذمّي بما يقتضي دينه أردع جاز.

الخزّاز: «لا تحلفوا بالله لا صادقين ولا كاذبين»[١] وخبر زوجة زين العابدين[٢].

فإن قلت: لعلّ المراد أنّ الحلف بغير الله أشدّ كراهة من الحلف به جلّ اسمه.

قلت: قد عرفت أنّ ذلك خلاف ما استمرّت إليه الطريقة.

قوله: ﴿فإن رأى الحاكم ... إلى قوله: جاز﴾ كأن يحلفه بالتوراة والإنجيل وموسى وعيسى ونحو ذلك. قيل في إحلاف اليهود أن يقول: أقسمت بالله وبرئت من دين اليهود ودخلت في دين النصارى وأكلت يوم الفطر خبز الخمر (الجمر خ) بلحم الخنزير وقطعت سبعة أخياط من جبّة داود وكفرت بالسبع آيات الّتي نزلت على موسى بجانب الطور وزنيت بآمنة بنت سليمان وفسقت في بيت المقدّس إن كنت فعلت كذا[٣].

ولابدّ أن يكون غير مشتمل على محرّم، فلو اشتمل على الحلف بالأب والابن كما يعتقده النصارى في عيسى لم يجز.

وهذا الحكم خيرة «النهاية[٤] والوسيلة[٥]» بل جعله فيها عامّاً لكلّ كافر و«الشرائع[٦] والجامع» على ما نقل عنه[٧] و«اللمعة[٨] والروضة[٩]» ومارواه في «السرائر» حيث قال: وقد روي جواز أن يحلف[١٠]. وقال المفيد: ويستحلف أهل الكتاب بما يرون في دينهم الاستحلاف به من أسماء الله تعالى ويغلّظ عليهم

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١٦ ب ١ من أبواب الأيمان ح ٥.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١٧ ب ٢ من أبواب الأيمان ح ١.

(٣) هامش قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢١٠ (الحجريّة).

(٤) النهاية: ص ٥٥٦.

(٥) الوسيلة: ص ٢٢٨.

(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٧.

(٧) نقل عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١١٢.

(٨) اللمعة الدمشقية: ص ٩٧.

(٩) الروضة البهية: ج ٣ ص ٩٥.

(١٠) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣.

ذلك[١]. وفي «المجمع»: إن كان هناك إجماع وإلّا فلا نقول به[٢]. وفي «المفاتيح» نسبه إلى الرواية ورماها بالضعف، قال: والصحيح يدفعه[٣]. وفي «المسالك»: أنّ الحكم لا يخلو عن إشكال[٤]. والباقون سكتوا عن ذلك.

والمستند فيه بعد الاعتبار صحيح محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في كلّ دين ما يستحلفون به»[٥] وصحيح محمّد بن قيس فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه وملّته[٦]. وخبر السكونيّ عن أميرالمؤمنين عليه السلام استحلف يهوديّاً بالتوراة الّتي أُنزلت على موسى عليه السلام[٧]. وعلى هذه الأخيرة اقتصر في «المسالك[٨] والمجمع[٩] والمفاتيح[١٠]» ورموها بالضعف، مضافاً إلى مارواه في «السرائر[١١]». وقد حمل الشيخ في «التهذيب[١٢] والاستبصار[١٣]» هذه الأخبار على أنّ ذلك من خواصّ الإمام عليه السلام.

قلت: لامانع من العمل بهذه الأخبار المعتبرة المتعاضدة، فتحمل تلك الأخبار السابقة على ما إذا كان الحلف بالله أردع، فإن لم يكن أردع جاز الحلف بما يقتضيه مذهبه، أو يكون المراد من الأخبار وعبارات الأصحاب ما صرّح به المفيد[١٤]: من أنّ المراد بذلك التغليظ بالكتاب والملّة مع الحلف بالله كأن يقول: بالله الّذي أنزل التوراة، كما فعله رسول الله صلى الله عليه وآله في تحليف ابن صوريا كما يأتي[١٥].

---

(١) المقنعة: ص ٧٣١.
(٢ و ٩) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٨٠ و ١٧٩.
(٣) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٥.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٤.
(٥ و ٧) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٥ ب ٣٢ من أبواب الأيمان ح ٧ و ٤.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٦ ب ٣٢ من أبواب الأيمان ح ١٠.
(٨) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ١٧٤.
(١٠) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٥.
(١١) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣.
(١٢) تهذيب الأحكام: ب ٤ ج ٨ ص ٢٧٩ ذيل ح ١١.
(١٣) الإستبصار: ج ٤ ص ٤٠ ذيل ح ٥.
(١٤) المقنعة: ص ٧٣١.
(١٥) يأتي في ص ٢٦٣.

وهي تثبت في كلّ مدّعى عليه من مسلم وكافر وامرأة ورجل.

ويمكن على بُعد تنزيل عبارات المصنّف والمحقّق على ذلك.

قوله: ﴿وتثبت في كلّ مدّعى عليه من مسلم وكافر وامرأة ورجل﴾ الضمير راجع إلى اليمين، ويحتمل رجوعه إلى اليمين الرادعة، فيكون المراد: أنّ الإحلاف بما هو أردع ثابت في كلّ مدّعى عليه. ويقيّد الكافر بالحربي [1].

ويكون الوجه في ذلك: أنّ من المسلمين من لا يرتدع بالحلف بالله ويرتدع بالحلف بأبيه وجدّه ونحو ذلك. وهو بعيد جدّاً، إذ لم يقل بذلك أحد، بل الأخبار أيضاً ناطقة بخلافه كما في خبر إمرئ القيس الكندي مع الحضرمي، حيث قال الحضرمي للرسول ﷺ ـ حين قال له: «ليس لك عليه إلّا اليمين» ـ: إنّ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورّع من شيء، فقال رسول الله ﷺ: «ليس لك منه إلّا ذلك» [2]. نعم لو أُريد بإحلاف الذمّي المعنى الأخير من ذكر صفات الله الرادعة فلا شبهة في جريانه في كلّ مدّعى عليه.

وليعلم أنّه لابدّ من تقييد عبارة المصنّف هذه بالحيّ الكامل ليخرج الميّت والصبيّ والمجنون، إلّا أن تقول: إنّهم يدخلون في الرجل والامرأة فتثبت على الصبيّ والمجنون بعد الكمال وعلى الميّت بالنسبة إلى وارثه. وهذا يتمّ فيمن له وارث يمكن حلفه أو تقول: إنّ الإمام ﷺ ليس بوارث على الحقيقة كما هو التحقيق كما مرّ في كتاب الميراث.

وكما تثبت في كلّ مدّعى عليه تثبت في كلّ مدّع رُدّت عليه.

---

(١) كذا في النسخ، ولم نتحقّق وجه التقييد.

(٢) راجع سنن الترمذي: ج ٣ ص ٦٢٥ ب ١٢ ح ١٣٤٠.

ويستحبّ للحاكم وعظ الحالف قبله، ويكفي قل (قوله خ): والله ما له عندي حقّ.

وينبغي التغليظ بالقول والمكان والزمان في الحقوق كلّها وإن قلّت، إلّا المال، فلا يغلّظ في أقلّ من نصاب القطع.

قوله: ﴿ويستحبّ للحاكم وعظ الحالف﴾ خصّ الاستحباب بالحالف وهو جارٍ في المُحلف أيضاً، فيقول للحالف: إنّ الحلف مكروه ومطلوب تركه، ولعلّك كاذب فيكون حراماً، واليمين الكاذبة تذر الديار بلاقع وتقطع الرحم وتعقّب الفقر وتحرّم الجنّة وتوجب النار ولو كان قضب أراك، ويقول للمُحلف: إنّ في الترك ثواباً وأجراً وأنّه ليس لك في ذلك نفع أصلاً لا في الدنيا ولا في الآخرة بل ذلك مجرّد اتّباع هوى وإشفاء غيظ وإدخال ضرر عظيم على أخيك المؤمن والعفو أقرب للتقوى وأولى عقلاً ونقلاً ويعوّضك الله أكثر ممّا فات منك.

والدليل على استحباب ذلك: أنّه أمر بمعروف ونهي عمّا لعلّه منكر في الواقع.

قوله: ﴿ويكفي قل (قوله خ): والله ما له عندي حقّ﴾ إن كانت الدعوى في الدين، ويكفي في العين أن يقول: والله ليس هذا من ماله لإتيانه بالحلف المأمور به وما زاد يُنفى بالأصل والنصّ والإجماع.

قوله: ﴿وينبغي ... إلى قوله: القطع﴾ أمّا استحباب التغليظ في نفسه: فلأنّه مظنّة رجوع إلى الحقّ خوفاً من عقوبة التعظيم وعلى تقدير جرأته عليه كاذباً مظنّة مؤاخذة حيث أقدم على الحلف به مع إحضار عظمته وجلالته وانتقامه، وقد ترجع بالأخرة إلى الوعظ فيندرج تحت دليله. وقد روي أنّ النبيﷺ قال لابن صوريا: أذكّركم بالله الّذي أنجاكم من آل فرعون فأقطعكم البحر وظلّل عليكم

الغمام وأنزل عليكم المنّ والسلوى أتجدون في كتابكم الرجم؟ فقال ابن صوريا: ذكّرتني بعظيم ولايسعني أن أكذب[١]. فكان تغليظه ﷺ في اليمين سبباً لاعترافه بالحقّ. والحاصل: أنّ الأصحاب لايختلفون في استحبابه، وقد نقل عليه الإجماع في «الخلاف[٢]» مع أنّ الأخبار قد تضمّنته[٣] أيضاً كما في تحليف الأخرس كما يأتي[٤]. وتحليف الظالم بالبراءة من حول الله وقوّته فإنّه إذا حلف بها كاذباً عوجل[٥]، ونحو ذلك.

ويبقى الكلام في أنّ هذا الحكم هل هو مختصّ بالقاضي فقط أم يتعلّق بالحالف والمحلف؟ قلت: ظاهر النصوص والفتاوى أنّه من وظائف الحاكم.

وأمّا الحالف: فالتخفيف في جانبه أولى، لأنّ اليمين مطلقاً مرغوب عنها فكلّما خفّت كان أولى بل تركها أولى كما عرفت فيما مرّ من الأخبار، وفي الخبر: إذا ادّعي عليك مال لم يكن له عليك حقّ فأراد أن يحلفك فإن بلغ مقدار ثلاثين درهماً فأعطه ولا تحلف، وإن كان أكثر من ذلك فاحلف ولا تعطه[٦]. وهذا محمول على خفّة الكراهة وأنّه لينتفي باختلاف أحوال الناس، فقد تحصّل أنّ التخفيف في جانبه أولى، إلّا أن تقول: إنّه يمكن أن يكون مكروهاً في الأصل وبعد الاختيار يكون التغليظ مستحبّاً، لأنّه أدلّ على حصول غرض المدّعي. وفيه بُعد.

وتظهر الفائدة فيما لو نذر أو حلف أنّه لا يغلّظ يميناً فالظاهر الانعقاد وعدم انحلاله بطلب الحاكم، فتوقّفه في «الدروس[٧]» في انعقاد يمينه

---

(١) راجع سنن أبي داود: ج ٣ ص ٣١٣ ح ٣٦٢٦.

(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٥ المسألة ٣١.

(٣ و٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٦٧ ب ٣٣ من أبواب الأيمان.

(٤) يأتي في ص ٢٧٠.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١٨ ب ٣ من أبواب الأيمان ح ١.

(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٦.

لإطلاقهم الاستحباب ومن احتمال اختصاصه بالقاضي، لا يخلو عن بُعد. ويأتي تمام الكلام في ذلك.

وأمّا المُحلف: ففيه وجهان، من أنّ أصل اليمين يستحبّ له تركها كما مرّ فتغليظها أولى، ومن أنّ في ذلك نوعاً من الوعظ والتخويف والإحجام عن اليمين فيستحبّ فتأمّل. والأولى التفصيل بالمظنّة وعدمها، فإن ظنّ الإحجام فليغلّظ وإلّا فلا.

وليعلم أنّ التغليظ بالقول ممّا لا كلام فيه لأحد من المسلمين، وأمّا التغليظ بالمكان والزمان فكذلك عندنا بدليل إجماع الطائفة وأخبارهم كما في «الخلاف[1]» ويأتي ما يدلّ على ذلك كقوله ﷺ: لا يحلف عند قبر النبي ﷺ على أقلّ ممّا يجب فيه القطع[2]، وقوله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصّلاة﴾[3]. وخالف الكوفي ـ أي أبو حنيفة ـ فلا يرى بالمكان تغليظاً[4] والشافعي فجعله شرطاً[5].

وقال في «النهاية[6] والتحرير[7]»: إنّه لا يغلّظ على المخدّرة بحضور الجامع وهو الصّواب. وفي «المبسوط[8]»: أنّها كالبرزة. ثمّ البرزة إن كانت طاهرة حضرت المسجد وإلّا فعلى بابه.

ويبقى الكلام في الجمع بين قولهم باستحباب التغليظ في الزمان والمكان وبين قولهم: لا يحلف أحد إلّا في مجلس الحكم أي مجلس الحاكم. ويأتي الكلام فيه[9].

ولا فرق في ذلك كلّه بين الحقوق كلّها وإن قلّت ـ لما عرفت ـ إلّا المال، فلا

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٥ المسألة ٣١.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٩ ب ٢٩ من أبواب القضاء ح ١.

(٣) المائدة: ١٠٦.

(٤) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ١١٠، والمبسوط للسرخسي: ج ١٦ ص ١١٩.

(٥) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ١٠٧، الأمّ: ج ٦ ص ٢٥٩.

(٦) النهاية: ص ٣٤٨.

(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٦٧.

(٨) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٤.

(٩) يأتي في ص ٢٧٥ ـ ٢٧٤.

يغلّظ في أقلّ من نصاب القطع إجماعاً كما في «الخلاف[1]»، وفي «المبسوط[2]»: أنّه الّذي رواه أصحابنا. وهذا يدلّ بظاهره على إجماع الأصحاب على روايته ولا أقلّ من أن تكون مشهورة فيما بينهم فيجب العمل بها وإن لم يذكر متنها، إذ لا فرق في المنقول بالمعنى والمنقول باللفظ في الحجيّة، إذا الكلّ خرج من تحت أيديهم. وفي «المسالك»: هذا الحكم مشهور بين الأصحاب وذكروا أنّه مرويّ، وما وقفت على مستنده[3]. فهذا نقل لشهرة الحكم والرواية.

قلت: قد عثرت ـ بحمد الله تعالى ـ على ما هو ظاهر في الدلالة عليه ظهوراً لا يكاد يخفى على المنصف، وهو ما رواه الفاضلان محمّد وزرارة عنهما عليهما السلام قالا: لا يحلف أحد عند قبر النبي صلى الله عليه وآله على أقلّ ممّا يجب فيه القطع[4]. وجه الدلالة: أنّ الإحلاف عند قبره صلى الله عليه وآله نوع من التغليظ، وقد نصّ على أنّه لا يجوز في أقلّ من ربع في دينار، وإذا ثبت في هذا ثبت في غيره، إذ لا قائل بالفرق إلّا أبو الصلاح في «الكافي[5]» حيث أتى بعين عبارة الخبر وابن إدريس أتى بالخبر في نوادر القضاء وحمله على التغليظ[6] ولم يردّه وإن كان خبر آحاد. فتحصّل أنّ الحكم ممّا لا ريب فيه لهذا الخبر و الإجماع المنقول واعتراف الأصحاب بوجود الرواية على ذلك مع موافقة الاعتبار. ولا فرق في ذلك بين المنكر والمدّعي إذا ردّت عليه اليمين. قال في «الخلاف»: واعتبر الشافعي نصاب الزكاة، وغلّظ ابن جرير في القليل والكثير[7].

(١ و ٧) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٧ المسألة ٣٢. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٣.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٨.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٩ ب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم ح ١.
(٥) الكافي في الفقه: ص ٤٤٣. (٦) السرائر: ج ٢ ص ١٩٨.

فالقول مثل: والله الّذي لا إله إلّا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع المدرك المهلك الّذي يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية ما لهذا المدّعي عليّ شيء ممّا ادّعاه، وغير ذلك من ألفاظ يراها الحاكم، والمكان كالمساجد والحرم، والزمان كيوم الجمعة والعيد وبعد الزوال. ويغلّظ على الكافر بما يعتقده مشرّفاً من الأمكنة والأزمنة والأقوال.

قوله: ﴿فالقول مثل والله ... إلخ﴾ خصّ هذا بالذكر، لأنّ أميرالمؤمنين‌ﷺ كتب لأخرس نحواً من هذا كما يأتي [1] إن شاء الله.

قوله: ﴿والمكان كالمساجد﴾ أي المكان المغلّظ، وذلك لأنّ كلّاً من الطاعة والمعصية يغلّظ حكمها في الأمكنة الشريفة كما هو ظاهر. وكذا الحال في الزمان، مضافاً إلى قوله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصّلاة﴾ [2] وفي التفسير: أنّها العصر [3]. وعنه‌ﷺ: ثلاثة لا ينظر الله يوم القيامة إليهم ولا يزكّيهم ولهم عذاب أليم... إلى أن قال: ورجل حلف بعد العصر يميناً فاجرة ليقطع بها مال امرئ مسلم [4].

قوله: ﴿بما يعتقده مشرّفاً من الأمكنة﴾ كالبيع والكنائس. قال الفاضل الهندي [5] وبعض الفقهاء [6]: وفي بيوت النار وجهان: من أنّه لم يكن لها حرمة عند الله أصلاً بخلاف البيع والكنائس، ومن أنّ المطلوب ارتداع الحالف بما يعتقده معظّماً.

---

(١) يأتي في ص ٢٧٣. (٢) المائدة: ١٠٦.
(٣) كما في مجمع البيان: ج ٣ ص ٢٥٧ ذيل آية ١٠٦.
(٤) الخصال: ج ١ ص ١٠٦ ح ٧٠. (٥) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١١٥.
(٦) كمسالك الأفهام: ج ١٠ ص ٢٣٧.

ولو امتنع الحالف من التغليظ لم يُجبر عليه.

قلت: روى عبد الله بن جعفر في «قرب الإسناد» عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أنّ عليّاً عليه السلام كان يستحلف النصارى واليهود في بيعهم وكنائسهم والمجوس في بيوت نيرانهم، ويقول: «شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين»[1] فالحكم جار في الجميع، وكأنّه لم يظفر بالخبر. نعم في بيوت الأصنام للوثني وجهان. وكذا الأزمنة الّتي يشرّفونها كعيد عبود وعيد الصليب. وكذا الأقوال كما مرّ من خبر صوريا المرويّ على نحوين تقدّم أحدهما[2] والآخر قال له صلى الله عليه وآله: أنشدك بالله الّذي لا إله إلّا هو الّذي فلق البحر ورفع فوقكم الطور وأنجاكم وأغرق آل فرعون وأنزل عليكم كتابه وحلاله وحرامه هل في التوراة الرجم على من أحصن؟[3].

قوله: ﴿ولو امتنع الحالف من التغليظ لم يُجبر عليه﴾ أي ولا يعدّ ناكلاً كما ذهب إليه بعض العامّة[4] حيث حكموا عليه بالنكول حينئذٍ وآخرون منه خصّوه بالتغليظ الزماني والمكاني دون القولي فارقين بأنّ التغليظ اللفظي من جنس المأتي به فلم يكن تركه مخالفاً للحاكم بخلاف الآخرين. وقد أطلق المصنّف الحكم بعدم الإجبار من دون فرق بين القولي والزماني والمكاني. وكذا صنع في «الشرائع[5]» وغيرها[6].

قال في «المبسوط»: ولا يجلب رجل إلى مكّة والمدينة ليستحلف بل

---

(١) قرب الإسناد: ص ٨٦ رقم ٢٨٤، وص ١٥٢ رقم ٥٥٥.
(٢) تقدّم في ص ٢٦٣.
(٣) راجع سنن أبي داود: ج ٤ ص ١٥٥ الرقم ٤٤٥٠، ومسند أحمد: ج ٤ ص ٢٨٦، صحيح مسلم: ج ٣ ص ١٣٢٧ الرقم ٢٨.
(٤) راجع روضة الطالبين: ج ٨ ص ٣١٢.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٨.
(٦) كمسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٨.

ولا تحلّ يمينه لو حلف على تركه. ولو ادّعى العبد ـ وقيمته أقلّ من النصاب ـ العتق فأنكر مولاه لم يغلّظ في يمينه.

يستحلفه الحاكم في الموضع الشريف في مكانه[1]. وهذه العبارة كما ترى ذات وجهين، ولعلّها فيما نختار أظهر، وهو أنّه له الامتناع من التغليظ القولي للأصل من دون معارض ولكراهة أصل اليمين بالنسبة إليه فالتغليظ أولى، ولقوله ﷺ: من حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس من الله.[2] وأمّا التغليظ بالزمان والمكان فيُجبر عليهما، لأنّ اليمين حقّ للمدّعي لا يحلف إلّا إذا حلّفه والمستحلف هو الحاكم، فأينما أراد تحليفه وجب عليه الحلف إلّا فيما إذا كان فيه مشقّة وحرج كجلبه إلى مكّة أو المدينة، فلعلّ هذا مراد الشيخ فيكون موافقاً للمختار فتأمّل.

قوله: ﴿ولا تحلّ يمينه لو حلف على تركه﴾ يريد أنّ من وجبت عليه اليمين لو كان قد حلف على أنّه لا يغلّظ يميناً فإنّه ينعقد، لأنّه حلف على ترك مكروه، ولا تنحلّ باختيار الحاكم التغليظ لأن كان ذلك مستحبّاً له ولا باختياره هو، لأنّ حقّ المستحلف متأخّر عن لزوم اليمين وانعقادها. وهذا هو الصواب، إذ احتمال عدم الانعقاد لاستحباب التغليظ ضعيف جدّاً كما عرفت. ويزيد ذلك وضوحاً أنّك قد عرفت أنّ التغليظ القولي لا يجبر عليه من دون يمين فمعها أولى. وأمّا الزماني والمكاني فالظاهر أنّه ليس للحاكم التأخير لهما إذا طالب المدّعي، إذ ربّما آل إلى تضييع الحقّ، فتأمّل.

قوله: ﴿لم يغلّظ﴾ لأنّها على مال أقلّ من النصاب كما هو المفروض.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٢٥ ب ٦ من أبواب اليمين ح ١.

ولو ردّ فحلف العبد غُلّظ، لأنّه يدّعي العتق.

وكلّ ما لا يثبت بشاهد ويمين يجري فيه التغليظ، ويجري في عيوب النساء.

وحلف الأخرس بالإشارة.

قوله: ﴿غُلّظ﴾ لأنّ العتق ليس بمال ولا المقصود منه المال.

قوله: ﴿كلّ ما لا يثبت بشاهد ويمين يجري فيه التغليظ﴾ نبّه بهذا على خلاف بعض العامّة حيث قالوا: لا يغلّظ إلّا فيما له خطر [1]. واتّفق أصحابنا على الظاهر على جريانه في كلّ ما ليس مالاً ولا المقصود منه المال عظيماً كان أو حقيراً عملاً بإطلاق النصّ ولا دليل على اختصاص التغليظ بماله خطر.

قوله: ﴿وفي عيوب النساء﴾ هذا أيضاً ممّا اتّفق عليه أصحابنا فيما أظنّ لعموم النصّ. ونبّه بذلك على خلاف بعض العامّة أيضاً، لأنّ عيوب النساء أمر حقير فلا يغلّظ فيه، ولهذا يسمع فيه شهادة النساء. وفيه ما تقدّم من عدم الدليل على اختصاص التغليظ بما له خطر، سلّمنا ولكن نقول: إنّه ممّا له خطر، لأنّه ممّا يترتّب عليه فساد النكاح ونحوه من الأمور العظام، وقبول شهادة النساء فيه إنّما لعسر الاطّلاع على ذلك لغيرهنّ.

قوله: ﴿وحلف الأخرس بالإشارة﴾ هذا الحكم مشهور بين الأصحاب وقد نقلت الشهرة عليه في «الإيضاح [2] والمهذّب [3] وغاية المرام [4] وتعليق النافع [5]

---

(١) الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ١١٠.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٦.

(٣) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٧٨.

(٤) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٨.

(٥) لا يوجد لدينا.

وقيل: يوضع يده على اسم الله تعالى،

والمسالك[1] والمجمع[2] والكفاية[3] والمفاتيح[4]»وحجّتهم عليه: أنّ الشارع ﷺ أقام إشارته المفهمة مقام لسانه في سائر أحكامه فليكن هذا منها عملاً بمنصوص العلّة أو المناط منقح.

قوله: ﴿وقيل: يوضع[5] يده على اسم الله تعالى﴾ أي في المصحف وإن لم يحضر مصحف كتب اسم الله تعالى ووضع يده عليه. والقائل بذلك الشيخ في «النهاية[6]» وشيخه في «المقنعة[7]» والفاضل العجلي في «السرائر[8]» والمصنّف في «التحرير[9]» وقال في «الوسيلة»: وضع يده على المصحف[10].

وعبارة «النهاية والمقنعة» هكذا: حلّفه بالإشارة والإيماء إلى أسماء الله تعالى ويوضع يده على اسم الله في المصحف. وظاهر هذه العبارة ـ على نسخة الباء الموحّدة ـ كما فهم المصنّف هنا والمحقّق في «الشرائع» أنّه له أن يحلف بالإشارة وحدها ويوضع يده على اسم الله تعالى في المصحف[11]، إلّا أنّ الفخر في «الإيضاح» قال: مراده بوضع يده على اسم الله تعالى مع الإشارة، فلابدّ منهما[12]. وتبعه على ذلك الشهيد الثاني[13] ومن تأخّر عنه[14]، فقيّد في «المسالك» عبارة الشرائع بذلك، قال: فقول المصنّف: «وقيل بوضع يده على اسم الله تعالى» مراده

(١ و١٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٨٠. (٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٨٥.
(٣) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٠١. (٤) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٥.
(٥) في نسخة: يوضع. (٦) النهاية: ص ٣٤٧. (٧) المقنعة: ص ٧٣٢.
(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣. (٩) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٦٦.
(١٠) الوسيلة: ص ٢٢٨. (١١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٨.
(١٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٣٧.
(١٤) كالمحقّق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٨٦.

مع الإشارة ليطابق القول المحكي عن الشيخ، مع أنّه اعترف قبله بسطر واحد أنّ عبارة «النهاية» لا تدلّ على ذلك بل ظاهرها الاكتفاء بكلّ واحد على انفراده.

ونحن نقول قوله في «النهاية» وكذا «المقنعة»: «وبوضع يده» يحتمل أن تروى بالبناء للمجهول وهو الموافق لرواية «ويضع» وهو الموافق لعبارة «السرائر» حيث قال: حلفه بالإشارة والإيماء وتوضع يده على اسم الله تعالى في المصحف[1]. وهو الّذي فهمه المصنّف في «التحرير» حيث قال: حلفه بالإشارة ووضع يده على اسم الله تعالى[2]، فيكون ذلك بياناً للإشارة والإيماء، فيكون مراده الإشارة بهذا الوجه.

فما قاله في «المسالك»: من أنّ الشيخ اشترط وضع يده على اسم الله تعالى وجعل ذلك مضافاً للإشارة ولم يكتف بإحداهما مع أنّ عبارته لا تدلّ عليهما، فيه نظر من وجهين: الأوّل: إنّ الشيخ على ما قلنا لم يجعل الوضع مضافاً للإشارة وإنّما بيّنها به. والثاني: إنّ عبارته حينئذٍ دالّة عليهما بمعنى أنّه لابدّ في الإشارة من الوضع. نعم ما ذكره يفهم من ظاهر «الوسيلة» حيث قال: وضع يده على المصحف وحلف بالإيماء[3]، على أنّه يمكن إرجاع ذلك إلى عبارة «النهاية والمقنعة» بالمعنى الّذي ذكرناه. وإن روينا عبارة «النهاية» وكذا «المقنعة» «بوضع» بالباء الموحّدة الجارّة فهم منها ما ذكرناه أوّلاً، وهو أنّ كلّاً منهما حلف بانفراده، إلّا أن تقول: من المعلوم أنّه لابدّ في الوضع من الإشارة فكانت الإشارة مأخوذة قطعاً للعلم بعدم إمكانه بدونها، إلّا أن يكون لا يفهم الإشارة أصلاً. وعلى هذه العبارة بنى صاحب «المسالك».

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٦٦.

(٣) الوسيلة: ص ٢٢٨.

وقيل: يكتب في لوح صورة اليمين ويغسل بالماء فإن شرب برئ وإن امتنع نكل

قلت: الّذي نقله في «المسالك» عن الشيخ «يضع» بالبناء للفاعل الموافق للبناء للمفعول، على أنّه إذا كان أخذ الإشارة معلوماً لا معنى لقوله: أنّ عبارته لا تدلّ عليهما، فتأمّل.

هذا ولا أجد لهؤلاء ـ رضي الله عنهم ـ مستنداً على ذلك إلّا إيضاح الإشارة، وفيه: إنّه على هذا لا ينحصر في ذلك بل يجري في كلّ ما إذا أراد به إيضاح الأمر، والظاهر أنّ ذلك منهم على سبيل البيان والمثال لا على سبيل الحصر فيكونون موافقين للمشهور. ويتمّ هذا على رواية «توضع» و«يضع» كما فهمه العجلي والمصنّف في «التحرير».

قوله: ﴿وقيل: ... إلخ﴾ القائل بذلك ابن حمزة في «الوسيلة» قال: وإن كتب اليمين على لوح ثمّ غسلها فجمع الماء في شيء جاز[1]. وهو خيرة الأردبيلي في «المجمع[2]» وهو المنقول عن «الجامع[3]» ونسبه في «النهاية[4] والسرائر[5]» إلى الرواية.

قلت: هي حجّة هؤلاء وقد رواها محمّد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام إنّ أميرالمؤمنين عليه السلام أُتي بالأخرس وادّعي عليه بدين ولم يكن للمدّعي بيّنة، فقال أميرالمؤمنين عليه السلام: الحمدلله الّذي لم يخرجني من الدنيا حتّى يثبت للأُمّة جميع ما يحتاج إليه، ثمّ قال: اتوني بمصحف، فأُتي به، فقال للأخرس: ما هذا؟ فرفع

---

(١) الوسيلة: ٢٢٨. (٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٨٦.

(٣) نقله عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١١٧.

(٤) النهاية: ص ٣٤٨. (٥) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣.

ولا يستحلف الحاكم إلّا في مجلس حكمه

رأسه إلى السماء وأشار إلى أنّه كتاب الله عزّ وجلّ. ثمّ قال: اتوني بوليّه، فأُتي بأخ له، فأقعده إلى جنبه ثمّ قال: يا قنبر عليّ بدواة وصحيفة، فأتاه بهما. ثمّ قال لأخ الأخرس: قل لأخيك بينك وبينه: إنّه عليّ فتقدّم إليه بذلك. ثمّ كتب أميرالمؤمنين عليه السلام: والله الّذي لا إله إلّا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضارّ النافع المهلك المدرك الّذي يعلم السرّ والعلانية، إنّ فلان بن فلان المدّعي ليس له قبل فلان بن فلان ـ أعني أخرس ـ حقّ ولا طلبة بوجه من الوجوه ولا سبب من الأسباب، ثمّ غسله وأمر الأخرس أن يشربه فامتنع، فألزمه الدين [١].

قلت: ظاهر هذه الرواية أنّها قضيّة في واقعة وإلّا فما الداعي إلى إحضار المصحف والوليّ وإخباره بأنّه أميرالمؤمنين عليه السلام وتغليظ اليمين ونحو ذلك ممّا لم يذكره من عمل بها كالتأكيد في النفي حيث قال: «ولا طلبة بوجه من الوجوه» وقد حملها أبو عبدالله في «السرائر [٢]» على أخرس لا يكون له كناية معقولة ولا إشارة مفهومة، وهو بعيد جدّاً، لمخالفته صريح الرواية، وقد تضمّنت جواز أكل ما يكتب به وأنّ الأخ وليّ في الجملة وأنّه يقضى عليه بمجرّد النكول كما هو المختار.

وليعلم أنّه لم يتعرّض لحلف الأخرس في «الكافي والغنية والمراسم»، نعم ربّما لاح من «المراسم [٣]» موافقة المشهور.

قوله: ﴿ولا يستحلف الحاكم إلّا في مجلس حكمه﴾ يدلّ عليه بعد الإجماع ـ على الظاهر ـ أنّه المتبادر إلى الفهم من الاستحلاف في الروايات وأنّه من تتمّة الحكم ولا حكم لغيره، لأنّه العالم بالكيفيّة لا غير.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٢٢ ب ٣٣ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٨٣.
(٣) المراسم: ص ٢٣١.

إلّا لعذر، فيستنيب الحاكم للمريض والمخدّرة من يحلفهما في منزلهما.

والمراد بمجلس الحكم مجلس الحاكم سواء حكم فيه أم لا، فيجوز أن يحكم في مجلس ويحلف في آخر. وقد فهم صاحب «المسالك[1]» ﷺ أنّ المراد مجلس القضاء فأشكل عليه الجمع بين هذا وبين استحباب التغليظ في الأماكن الشريفة كالمسجد ونحوه، فحمل النفي أو النهي في المقام على الكراهة إذاكان محلّ الحكم من أمكنة التغليظ، واحتمل أن يحمل على يمين غير مغلّظة. وفيه مضافاً إلى ما سبق من أنّه غير مراد أنّه يلزمه أن يقول: إذا كان الحاكم حكم في مسجد مثلاً يكره له أن يحلف عند قبر معصوم أو نحو ذلك، ولا قائل به ولا دليل عليه بل يستحبّ له ذلك إذا أراد التغليظ، والأمر في ذلك واضح سهل.

وينبغي أن يعلم أنّ التحليف إذا كان مشروطاً بحضور الحاكم ليكون هو المستحلف كما هو الشأن في سماع البيّنة كان على الحاكم إذا أراد التغليظ ـ لكونه مستحبًا له ـ أن يمضي معه إلى بعض المساجد والأماكن الشريفة، ولا يجوز له أن يستنيب، مع أنّ في ذلك نقصاً عليه وإسقاطاً لمحلّه عند الناس والجلوس في المسجد للحكم مكروه عند الأكثر، والظاهر أنّ استحباب ذلك ليس من الأعذار المسوّغة للاستنابة، فكان استحباب التغليظ في المكان ليس على إطلاقه.

قوله: ﴿إلّا لعذر﴾ مقبول في الشرع فيصحّ التخلّف معه عن الحلف عند الحاكم لنفي الحرج والعسر في الشريعة، ولمّا كان مضيّ الحاكم إلى المعذور مسقطاً لمحلّه صحّ له أن يستنيب، فيبعث الأمين ومعه شاهدان يشهدان على

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٨١.

وشرط اليمين أن تطابق الإنكار أو الدعوى،

الحلف كما سلف في الاستعداء.

قوله: ﴿وشرط اليمين أن تطابق الإنكار أو الدعوى﴾ المطابقة ممّا لا كلام فيها لأحد من الأصحاب، وإنّما الكلام في أنّه لابدّ أن تكون على وجه الخصوص أو يكفي العموم؟ فظاهر الشيخ في «المبسوط[1]» أنّه لو أنكر وأجاب بنفي الخصوص يلزمه الحلف عليه ولا يكفي الحلف على نفي الاستحقاق، وأطبق الأصحاب فيما أظنّ على خلافه.

وتفصيل ذلك: أنّه إذا ادّعي عليه شيء، فإمّا أن يطلق الدعوى أو يخصّها بسبب معيّن كأن يقول: من ثمن مبيع أو أجرة أو نحو ذلك، وإنكار المدّعى عليه إمّا أن يكون مطلقاً أيضاً كقوله: لا تستحقّ عندي شيئاً أو معيّناً كقوله: لم أغصب، أو لم أشترِ، أو لم أقترض.

وقد اتّفقوا جميعاً على صور:

إحداها: إنّه مع إطلاقه الإنكار يكفيه الحلف على نفي الاستحقاق مطلقاً كما إذا ادّعي عليه أنّه أقرضه كذا فأجاب بنفي الاستحقاق، فإنّه يكفيه الحلف على نفيه. وكذا إذا ادّعي عليه أنّ له عنده مائة على الإطلاق فأجاب بنفي الاستحقاق، فإنّه يكفيه الحلف على نفيه، لأنّ الغرض يحصل به ونفي العامّ يستلزم نفي الخاصّ.

الثانية: إنّه إذا أجاب بنفي الخاصّ يكفيه الحلف، لأنّه المطابق للإنكار ويأتي على الدعوى، كأن يدّعي عليه أنّه أقرضه كذا فأجاب بأنّي ما اقترضت، فإنّه يكفي

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٧.

الحلف على نفي الاقتراض.

الثالثة: إنّه إذا حلف على نفي الأخصّ لا يكفي، وذلك كأن يدّعي عليه مقداراً معيّناً ـ كعشرة مثلاً ـ وينكر المدّعى عليه لزوم ذلك المقدار، فإنّه لا يكفيه الحلف في سقوط الدعوى على عدم لزوم العشرة بل لابدّ أن يحلف على عدم لزوم العشرة وعدم لزوم شيء منها، لأنّ دعوى العشرة مستلزمة لدعوى كلّ جزء جزء منها وعدم لزوم الكلّ لا يستلزم عدم لزوم جميع أجزائه.

الرابعة: إذا ادّعي عليه الاقتراض فأنكر أن يكون له عليه حقّ وحلف على نفي الاقتراض فإنّه يكفيه ذلك، لأنّه مطابق للدعوى.

واختلفوا فيما إذا ادّعي عليه أنّه اقترض كذا أو غصب كذا فأنكر الاقتراض أو الغصب، فإذا حلف على نفي الاستحقاق حينئذٍ لم يكف عند الشيخ، لأنّه ما أجاب بنفي الاقتراض إلّا قد علم أنّه (أن خ) يقدر أنّه يحلف عليه. وأطبقوا على خلافه، لأنّ نفي الاستحقاق يشمل المتنازع فيه وزيادة، ولأنّ المدّعي قد يكون صادقاً إلّا أنّه عرض ما يسقط الدعوى من البراءة أو الإبراء، فلو اعترف به وادّعى المسقط طولب بالبيّنة وقد يعجز عنها فدعت الحاجة إلى قبول الجواب المطلق، لأنّه يمكن التسامح في الجواب بما لا يتسامح في اليمين.

هذا كلّه، مضافاً إلى صحيح ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: إذا رضي صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهبت اليمين بحقّ المدّعي [1].

إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ ظاهر عبارة المصنّف ـ طاب ثراه ـ موافقة الشيخ، إلّا أنّ قوله في الفصل الثالث كما يأتي: «ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٨ ب ٩ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

وأن تقع بعد عرض القاضي.

الفصل الثاني: في الحالف

ويشترط فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد

الاستحقاق» ممّا يقيّد إطلاق هذه العبارة بل قد أشار في صدر هذا الفصل الّذي نحن فيه إلى كفاية ذلك.

وليعلم أنّه لا فرق في وجوب مطابقة اليمين للدعوى بين المدّعى عليه كما في الصورة الرابعة وبين المدّعي كما إذا ردّت عليه اليمين.

وليعلم أنّه لا فرق في ذلك بين المنكر والمدّعي، فلو ادّعى المنكر أنّ المدّعي أبرأه أو قبض المال وأجاب المدّعي بأنّي ما قبضت ولا أبرأت، فعلى المشهور يكفي المدّعي الحلف على بقاء الحقّ ولا يلزمه أن يحلف على نفي ذلك، وعند الشيخ أنّه لازم ليطابق الإنكار كما أشار إليه المصنّف في الفصل الثالث.

قوله: ﴿وأن تقع بعد عرض القاضي﴾ قد تقدّمت الإشارة من المصنّف إلى ذلك وتقدّم بيان الوجه فيه، وهو أنّه حقّ للمدّعي لا يستوفيه إلّا الحاكم. وقد ورد من طريق العامّة في الظاهر أنّ رُكانة[1] أتى النبيﷺ فقال: يا رسولالله طلّقت امرأتي البتّة، فقال: ما أردت بالبتّة الواحدة؟ فحلف قبل الاستحلاف أنّه ما أراد بها إلّا واحدة، فأعاد عليه اليمين فردّها إليه ثمّ طلّقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان[2]. وهذه الرواية وجدتها في «المسالك» استدلّ بها على الاستحلاف في الطلاق[3].

---

(١) في نسخ الكتاب: ركابة، والصواب ما أثبتناه.

(٢) سنن أبي داود: ج ٢ ص ٢٦٣ ح ٢٢٠٦، باختلاف في اللفظ.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١١ ص ٢٠٠.

وتوجّه دعوى صحيحة عليه، فلا عبرة بيمين الصبيّ.
وإن ادّعى البلوغ لم يُحلَّف عليه بل يُصدّق مع إمكانه.

الفصل الثاني: في الحالف

قوله: ﴿وتوجّه دعوى صحيحة عليه﴾ أي إن كان هو المنكر بحيث لو أقرّ بالحقّ اُلزم ولو لم يكن عليه، فلا يحلف الوصيّ والقيّم إذ لو أقرّا لا يقبل إقرارهما على الميّت والوليّ. وهذا الشرط يغني عنه اشتراط الصحّة في سماع الدعوى كما مرّ في الفصل الأوّل، ولعلّه أعاده ليترتّب عليه ما سيذكره من عدم تحليف الوصيّ وعدم تحليف القاضي والشاهد إذا ادّعى عليهما الكذب، إذ نسبة الكذب إليهما دعوى فاسدة.

قوله: ﴿وإن ادّعى البلوغ لم يحلَّف عليه﴾ قال في «الإيضاح» وإلّا لزم الدور[١]. ولعلّه يريد أنّ اليمين متوقّفة على البلوغ المتوقّف على اليمين وذلك دور بمرتبة فكان صريحاً.

قلت: يمكن أن يقال: إنّ الدور مدفوع، لأنّ يمينه موقوفة على إمكان بلوغه كما هو المفروض وكما يأتي، وإلّا لو قطعنا بعدم بلوغه لا يقبل منه ألف يمين، والموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه فتفاوتت الحيثيّتان، فتأمّل.

قوله: ﴿بل يُصدّق مع إمكانه﴾ أطلق المصنّف كما صنع في «التحرير[٢]» فظاهره أنّه يصدّق في دعوى البلوغ في جميع أماراته، وأنت تعلم أنّه لا ريب في

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٢٨.
(٢) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٦٨.

ولو قال: أنا صبيّ لم يحلَّف بل يُنتظر بلوغه. نعم لو ادّعى الصبيّ المشرك أنّه استنبت الشعر بالعلاج حلف وإلّا قُتل،

تصديقه في الاحتلام والحيض وعدمه في الإنبات، إذ لابدّ فيه من الاختبار. وأمّا السنّ فمشكل لتعارض الأصل والظاهر. وقد يقال: إنّه يبنى فيه على ما سلف في تفسير المدّعي بالمخالف للأصل أو الظاهر فلا يقبل على الأوّل ويُقبل على الثاني. وقد فصّل ذلك المصنّف في غير هذا الموضع كما ذكره بعض المحشّين تأمّل فإنّه دقيق في الجملة، وفيه تأمّل.

قوله: ﴿ولو قال: أنا صبيّ لم يحلَّف﴾ لمكان الدور الصريح الصحيح وهو لزوم بطلان اليمين من صحّتها.

قوله: ﴿بل يُنتظر بلوغه﴾ يريد أنّه يصدّق دعواه وينظر بلوغه ولابدّ من تقييده بعدم ظهور الخلاف من الإنبات أو الشهادة على السنّ.

قوله: ﴿نعم ... إلى قوله: وإلّا قُتل﴾ هذا مذهب كثير من الفقهاء كما في «الإيضاح[1]» وقال في «المبسوط»: الّذي يقتضيه مذهبنا أنّه يحكم عليه بالبلوغ بلا يمين، لأنّ عموم أخبارنا أنّ الإنبات بلوغ يقتضي ذلك[2]. وهو خيرة «المختلف[3]» وفي «الشرائع[4]» أنّه لا يقبل إلّا مع البيّنة فهي موافقة للمبسوط. وقال في «التحرير[5] والدروس[6] والمسالك[7] والمجمع[8]»: إنّه يُقبل قوله بغير يمين إلّا أن

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٢٣٨.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٣.
(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٤٣.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٢.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٦٨.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٣.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١١ ص ١٠٠.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ٩ ص ٣٨٨ وج ١٢ ص ٢٠١.

يكذّبه الحسّ. وفي «الإرشاد[١]»: يقبل قوله على إشكال. واحتمل المصنّف الحبس هنا كما يأتي[٢]. فكانت الأقوال في المسألة مختلفة.

والّذي ينبغي أن يقال: إنّ مبنى المسألة على أنّ الإنبات بلوغ أو أمارة ودليل؟ فلا يسمع قوله ويُقتل إن قلنا: إنّه بلوغ كما في خمس «الوسيلة[٣]» وصوم «المبسوط[٤] والسرائر[٥] والشرائع[٦] والجامع[٧]» على ما نقل عنه و«اللمعة[٨] والروضة[٩]» وصلاة «التهذيب[١٠]» ووصايا «النهاية[١١]» ووصايا «المهذّب[١٢]» القديم وصلاة «الجعفريّة[١٣]» وحجر «الشرائع[١٤] والنافع[١٥] وكشف الرموز[١٦] والجامع[١٧] والتذكرة[١٨] والإرشاد[١٩]» وجهاد «المنتهى[٢٠] والتذكرة[٢١]» ونوادر قضاء «السرائر[٢٢]» وكما في «مجمع البيان[٢٣] وجامع الجوامع[٢٤] والغنية[٢٥]» وقد نقل عليه الإجماع في «مجمع البيان[٢٦] والغنية[٢٧]» ونوادر قضاء «السرائر[٢٨]

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٧. (٢) يأتي في ص ٢٨٤. (٣) الوسيلة: ص ١٣٧.
(٤) المبسوط: ج ١ ص ٢٦٥. (٥) السرائر: ج ١ ص ٣٦٧.
(٦) شرائع الإسلام: ج ١ ص ١٩٨. (٧) الجامع للشرائع: ص ١٥٣.
(٨) اللمعة الدمشقية: ص ٦١. (٩) الروضة البهية: ج ٢ ص ١٤٤.
(١٠) تهذيب الأحكام: ب ٣ ص ٣٠ ذيل ح ١٦.
(١١) النهاية: ص ٦١١. (١٢) المهذّب: ج ٢ ص ١١٩.
(١٣) الجعفريّة (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٤): ص ١٨٦.
(١٤) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٩٩. (١٥) المختصر النافع: ص ١٤٠.
(١٦) كشف الرموز: ج ١ ص ٥٥٢. (١٧) الجامع للشرائع: ص ٣٦٠.
(١٨) تذكرة الفقهاء: ج ١٤ ص ١٨٦. (١٩) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٣٩٥.
(٢٠) منتهى المطلب: ج ٢ ص ٩٢٦.
(٢١) تذكرة الفقهاء: ج ٩ ص ١٥٤. (٢٢) السرائر: ج ٢ ص ١٩٩.
(٢٣ و٢٦) مجمع البيان: ج ٣ ص ٩ النساء ذيل آية ٦.
(٢٤) تفسير جوامع الجامع: ج ١ ص ٣٧٣ النساء ذيل آية ٦.
(٢٥ و٢٧) غنية النزوع: ص ٢٥١. (٢٨) السرائر: ج ٢ ص ١٩٩.

وكشف الرموز[1]». وقال في حجر «المبسوط[2] والخلاف[3] والتحرير[4]» وهذا الكتاب[5] وشرحه[6] و«المسالك[7]» وصوم «التحرير[8]»: إنّه دليل وأمارة. واستدلّ عليه في «الخلاف» بإجماع الفرقة وأخبارهم. وكذا في «التذكرة» ادّعى عليه الإجماع.

فقد تعارضت فيه أيضاً الأقوال والأدلّة. والظاهر رجحان أنّه بلوغ لا علم عليه، للإجماعات المتكثّرة والأخبار الدالّة بعمومها، مضافاً إلى أنّه مذهب قدماء الأصحاب، فيُقتل إلّا أن يقيم بيّنة أنّه بالعلاج، على أنّه فرض نادر الوقوع جدّاً، مضافاً إلى مخالفة الأصل والظاهر. ويؤيّده أنّه لو اشترط العلم بعدم المعالجة لم يجز قتل المنبت وإن لم يدّع العلاج ما لم يعلم عدمه، وهو باطل إجماعاً. ويؤيّد ما ذكرناه أنّ هذا المنبت لو أوقع عقداً فادّعى الاستنبات ليفسده فالظاهر أنّهم لا يختلفون في عدم السماع إلّا ببيّنة.

احتجّ القائلون بالقبول مطلقاً بأنّه حقّ من حقوق الله تعالى لا يعلم إلّا من قبل المكلّف فيصدّق كما صدّق مدّعي الإسلام قبل الحول والمالك في دفع الزكاة ونحو ذلك من المواضع الإجماعيّة، وقد قيل: إنّها تبلغ اثنين وعشرين. وضابطها أنّه كلّ ما يكون بين العبد وبين الله ولا يعلم إلّا منه ولا ضرر فيه على الغير ويتعلّق بالحدّ أو التعزير.

قلت: هذا على إجماله منقوض بكثير من الصور الّتي عُدّت منها. قالوا أيضاً: والحدّ يُدرأ بالشبهة ودعوى العلاج شبهة فتدرأ القتل، ويحصل الاحتياط في الدماء الّذي لا يستدرك فائتها، ولأنّ اليمين هنا متعذّرة لأنّها يمين صبيّ لأصالة

---

(١) كشف الرموز: ج ١ ص ٥٥٢.
(٢) المبسوط: ج ٢ ص ٢٨١.
(٣) الخلاف: ج ٣ ص ٢٨١ المسألة ١.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٢ ص ٥٣٤.
(٥) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٣٣.
(٦) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٥٠.
(٧) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ١٤١.
(٨) تحرير الأحكام: ج ١ ص ٤٨٥.

عدم البلوغ وعدم استحقاقه القتل، إذ الاسترقاق ثابت على تقدير عدم العلم ببلوغه وهو موجود، فلا يعدل عمّا تحقّق سببه إلى ما لا يعلم سببه.

وأنت بعد ما عرفت حجّة المختار من أنّ الإنبات بلوغ لا علم وأمارة عرفت أنّ الدليلين الأوّلين مبنيّان على أنّه أمارة ودليل. وأمّا الثالث فلا يرد علينا وإنّما يرد على القول الآخر مع إمكان دفعه عنه كما يأتي. ولا نسلّم أنّه يكفي في الاسترقاق عدم العلم بالبلوغ بل لابدّ من العلم بعدم البلوغ أو ما قام مقام العلم وهو اليمين، كما أنّه لابدّ في القتل من العلم بالبلوغ أو ما قام مقامه وهو البيّنة فتأمّل، على أنّا لو قلنا بأنّه أمارة وعلم ما كنّا لنقول بمقالتهم أعني القبول مطلقاً لضعف أدلّتهم عن القيام بذلك بل كنّا نقول بمقالة المصنّف والكثير من الأصحاب من الإحلاف، لأنّه أقلّ مراتب إثبات الدعوى ولأنّه محكوم ببلوغه ظاهراً فاستحقّ القتل لذلك فلا يندفع بمجرّد دعواه، ولأنّه أحوط وأوثق في الحكم ولاضرر في ذلك ولا مانع منه شرعاً.

قولك: اليمين متعذّر، إذ يلزم من قبول قوله بيمينه وصحّة يمينه عدمه، إذ يلزم بعد اليمين الحكم بأنّه غير بالغ ومن شرط صحتها البلوغ.

قلت: لمّا كان قبل اليمين محكوماً عليه بالبلوغ بحسب الظاهر صحّ إحلافه وبعد أن حلف انكشف لنا أنّه غير بالغ. فاليمين إنّما توجّهت عليه وهو بالغ ظاهراً ولا نسلّم أنّ من شرط صحّتها البلوغ واقعاً بل يكفي الحكم به ظاهراً بل الإمكان كافٍ، فتأمّل جيّداً.

إذا عرفت هذا، فإذا حلف اُلحق بالذراري وإن لم يحلف قُتل، فيكون من المواضع الّذي يُقضى فيها بالنكول عند من لم يحكم به مطلقاً.

ويمكن أن يقال إنّه إنّما يقتل لتوجّه القتل عليه بالكفر الثابت بالإنبات

ويحتمل أن يُحبس حتّى يبلغ ثمّ يُحلَّف، فإن نكل قُتل.

ولو حلف المجنون أو المكره أو السكران والنائم والغافل أو المغمى عليه لم يعتدّ بها. ويحلَّف الكامل في إنكار المال والنسب والولاء والرجعة والنكاح والظهار والإيلاء

لا للنكول، لأنّ اليمين كانت مانعة لا غير ولم توجد فليتأمّل.

قوله: ﴿ويحتمل أن يُحبس حتّى يبلغ فإن نكل قُتل﴾ لعلّ الوجه في الحبس أنّ يمينه لمّا كانت غير معتبرة ولا وسيلة إلى إطلاقه كان في الحبس جمع بين الحقّين.

قوله: ﴿ويُحلَّف الكامل ... إلخ﴾ يريد أنّ المنكر يحلف في جميع حقوق الناس، بخلاف المدّعي فإنّما يحلف في مواضع مخصوصة يأتي بيانها[1]. والحاصل أنّه يحلف في كلّ ما تتوجّه فيه الدعوى وتصحّ في حقوق الناس ويلزم المدّعى عليه الجواب بالإقرار أو الإنكار بحيث لو أقرّ بمطلوبها اُلزم به. والدليل على ذلك بعد إجماع «الخلاف[2]» وغيره عموم الأخبار، وهو جميع ما دلّ على أنّ اليمين على من أنكر واليمين على المدّعى عليه[3] خرج ما خرج للدليل وبقي الباقي.

ونبّه بهذه الأمثلة على خلاف بعض العامّة[4]، لأنّ منهم من لا يرى اليمين في غير المال ومنهم من لا يراها إلّا فيما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين.

وليعلم أنّ إنكار النسب والولاء لا يكلّف عليه اليمين بمجرّد دعواه إلّا إذا ترتّب عليه حقّ آخر كوجوب النفقة والتحريم والإرث. وأمّا نفس الظهار والإيلاء

---

(١) يأتي في ص ٢٩١.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٩٠ ـ ٢٩٢ المسألة ٣٨.
(٣) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٠ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم و... .
(٤) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ١٤٦.

ولا يُحلَّف في حدود الله تعالى،

فإن ادّعتها المرأة لم يتوجّه ولا يلزم الجواب وإنّما لها أن تدّعي لنفسها ما لها من الحقوق، وإن ادّعاهما الزوج لم يتوجّه عليها يمين لقبول قوله فيهما لإمكان وقوعهما منه كلّ حين، نعم إذا ترتّب عليهما حق آخر ـ كما ذكرنا ـ توجّه، فتأمّل.

قوله: ﴿ولا يُحلَّف في حدود الله تعالى﴾ لا خلاف بين الأصحاب في أنّه لا تُسمع الدعوى في الحدود مجرّدة عن البيّنة فلا تتوجّه اليمين إلى المدّعى عليه إذا كانت حقّاً لله تعالى فقط إجماعاً كحدّ الزنا وشرب الخمر فإنّ المستحقّ وهو الله جلّ شأنه لم يأذن بالدعوى بل ظاهره الأمر بالستر والإخفاء والكفّ عن تتبّع معائب الناس وكشفها، وقد أمر بحدّ المدّعي مع عدم الشهود والأمر بدرء الحدود بالشبهات. وقد قال رسول الله ﷺ لمن حمل رجلاً على الإقرار عنده بالزنا: «هلّا سترته بثوبك»[1] ونحو ذلك من تعليم الإنكار حيث قال له: «لعلّك قبّلتها»[2] ونحو ذلك.

وإنّما الكلام والخلاف فيما إذا اشترك الحقّ بين الله تعالى وبين الآدمي كحدّ القذف، فالشيخ في «المبسوط[3]» على أنّها تُسمع، واستحسنه الشهيد في «الدروس[4]» ومال إليه في «المسالك[5]» وفي «المجمع[6]» لعموم قوله: «اليمين على من أنكر» وترجيح جانب حقّ الناس.

ويدفعه الأخبار كما في رواية إسحاق بن عمّار عن الباقر عليه السلام: إنّ رجلاً

---

(١) راجع سنن أبي داود: ج ٢ ص ٣٣٢ ح ١.
(٢) راجع السنن الكبرى: ج ٨ ص ٢٣٠ و٢٣١.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٥ ـ ٢١٦.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٣.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٩٧.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩٩.

استعدى عليّاًﷺ على رجل فقال: إنّه افترى عليّ. فقال عليّﷺ: أفعلت؟ فقال: لا. ثمّ قال للمستعدى: ألك بيّنة؟ فقال: ما لي بيّنة فأحلفه لي. فقال عليّﷺ: ما عليه يمين[1]. ومرسلة البزنطي عن بعض أصحابنا عن أبي عبداللهﷺ قال: أتى رجل أميرالمؤمنينﷺ برجل فقال: هذا قذفني ولم يكن له بيّنة، فقال: يا أميرالمؤمنين استحلفه. فقال: «لا يمين في حدّ ولا قصاص في عظم»[2] وقد اقتصروا على الاستدلال بالمرسلة، ورماها الشهيد الثاني بالضعف للإرسال ولوجود سهل بن زياد في الطريق[3]. وحمل الشهيد النفي في الحدّ على ما إذا لم يتعلّق بحقّ الآدمي[4]. قال الشهيد الثاني: وهو جيّد إن لم يعمل بالخبر وإلّا أشكل التخصيص من حيث وقوعه في سياق النفي فيعمّ الجميع[5].

ونحن نقول: كأنّهم لم يظفروا بالرواية الاُولى وإلّا لذكروها. وأمّا سهل فالأمر فيه سهل لأن كان شيخ إجازة ولم يثبت ضعفه كما قرّر في محلّه. وأمّا الإرسال فلا يضرّ على مذهب المتأخّرين لكون المرسل ذا إجماع، على أنّ البزنطي ممّن نصّوا على أنّه لا يروي إلّا عن ثقة، سلّمنا ولكنّها مجبورة بالشهرة في المقام ومعتضدة بالإجماع، إذ هي دليل على الحكم في حقوق الله المحضة بل دعوى الإجماع في المقام غير بعيدة، على أنّها مؤيّدة بالرواية الاُخرى، فلا مجال للكلام في السند.

وأمّا حمل النفي في الحدّ على ما إذا لم يتعلّق بحقّ الآدمي كما صنع الشهيد، ففيه: إنّ الاستدلال لم نقصره على ذلك فقط بل به وبعدم سماع الإمام (الأميرﷺ) ذلك من المدّعي وعدم إجابته إلى مطلوبه حيث لم يأمر المدّعى عليه بذلك، ولو كان ذلك حقّاً له لوجب إجابته. ولا نقول كما قال في «المسالك[6]» راداً على

(١ و٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣٥ ب ٢٤ من أبواب مقدّمات الحدود ح ٣ و١.
(٣ و٥ و٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٩٨. (٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٣.

ولا القاضي ولا الشاهد،

الشهيد: إنّ التخصيص مشكل من حيث وقوعه نكرة في سياق النفي فيعمّ الجميع، لأنّ وقوع ذلك من مثل الشهيد الثاني غريب! إذ كلّ عموم لغويّ يعمّ جميع الأفراد مع أنّه يخصّ. نعم العموم في المفرد المحلّى لا يعمّ الأفراد الخفيّة كما حقّقه الأُستاد ـ أدام‌الله حراسته [١] ـ لأن كان غير لغويّ، اللّهم إلّا أن يكون أراد ما ذكرنا من الاستدلال بالأمرين معاً، فتأمّل. وبعد هذا كلّه فدلالتها مؤيّدة بدلالة الرواية الأُخرى.

هذا، وقد فرّع الشيخ على قوله: إنّه لو ادّعى عليه أنّه زنى لزمه الجواب عن دعواه فإن أنكر ولم يكن بيّنة يحلف المقذوف ليثبت الحدّ على القاذف، فإن نكل وردّ اليمين على القاذف فإذا حلف ثبت الزنا في حقّه بالنسبة إلى سقوط حدّ القذف ولا يجب عليه حدّ الزنا، لأنّ ذلك حقّ لله محض [٢]. واستحسنه الشهيد في «الدروس [٣]». وهذا وإن كان قويّاً بحسب الاعتبار وعموم الأخبار من أنّ اليمين على المنكر [٤] إلّا أنّ ظاهر قوله تعالى: ﴿والّذين يرمون المحصنات ثمّ لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدةً﴾ [٥] عدم اليمين على منكر الزنا بل يثبت الحدّ على القاذف بمجرّد القذف وعدم البيّنة ولا يحتاج إلى يمين المقذوف فإنّه رتّب الحدّ على مجرّد القذف وعدم الشهود. وسيتعرّض المصنّف [٦] لذكره وإنّما ذكرناه لمناسبة المقام.

قوله: ﴿ولا القاضي ولا الشاهد﴾ لأنّ نسبة الكذب إليهما دعوى

---

(١) راجع الفوائد الحائريّة: الفائدة الثامنة عشر ص ١٩٠ ـ ١٩٢.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٦. (٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٣.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٠ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

(٥) النور: ٤. (٦) يأتي في ص ٣٠١.

ويُحلَّف القاضي بعد العزل.

فاسدة، فليس على أحد منهما الجواب عمّا يدّعى عليه، بل على هذا أن يشهد على مثل الشمس وعلى ذاك أن يحكم بما أنزل الله تعالى[١] كذّبهما غيرهما أم لا.

وتفصيل الكلام أن يقال: الدعوى على القاضي إمّا بالحكم له فينكر، أو بالحكم بالباطل، أو بغير ذلك. وهذا الثالث يستوي فيه غيره من الرعيّة. فيبقى أربع صور:

الاُولى: أن يدّعي عليه أنّه حكم له قبل العزل والقول قوله بدون يمين.

الثانية: كذلك بعد العزل والقول أيضاً قوله من دون يمين، لأنّه لو أقرّ لم يسمع على خصمه فلا فائدة في إحلافه إن قلنا إنّ اليمين كالإقرار، وإن قلنا: إنّها كالبيّنة فكذلك على الأقوى، لأنّه إنّما يكون في حقّ الخصمين فلا يُحمل قوله: «ويحلّف بعد العزل» على هذه.

الثالثة: أن يدّعي عليه الحكم بالباطل قبل عزله، وهنا لا يمين لأنّه أمين.

الرابعة: بعد العزل فيحلف وهذا هو الّذي أراد بقوله: ويُحلَّف.

وأمّا الشاهد ففيه صورتان: إحداهما: أن يدّعى الشهادة عليه فينكرها أي ينكر تحمّلها فلا يمين عليه. الثانية: أن يدّعى عليه الشهادة بالزور. وقد تقدّم في الفصل السادس[٢] في الإعداء إشكال المصنّف فيه وقوّة توجيه اليمين، فعبارة المصنّف ليست على إطلاقها.

قوله: ﴿ويُحلَّف القاضي بعد العزل﴾ تقدّم الكلام فيه مرّتين[٣] وذلك كما إذا ادّعى عليه أنّه جار في الحكم.

---

(١) كذا في النسخ، ولم نعلم الوجه في قوله: أن يشهد على مثل الشمس وقوله: أن يحكم بما أنزل الله تعالى.

(٢) تقدّم في ص ١٥٧.

(٣) تقدّم في ص ٦١ و١٥٦.

ولا يحلَّف الوصيّ والقيّم، إذ لا يُقبل إقرارهما بالدين على الميّت ولا من ينكر الوكالة باستيفاء الحقّ، فإنّه وإن علم أنّه وكيل فيجوز جحود الموكّل.

قوله: ﴿ولا يُحلَّف الوصيّ ولا القيّم﴾ لما علمت من أنّ الحلف إنّما يكون فيما إذا أقرّ ثبت، وهذان لا يقبل إقرارهما بالدين على الميّت أو المولّى عليه. وكذا الشأن لو ادّعيا للميّت أو المولّى عليه فردّ المدّعى عليه اليمين عليهما لم يحلفا، بل يحلف الوارث والمولّى عليه إذا كمل، وإن لم يكن وارث احتمل الحبس على الحلف أو الإقرار والحكم بالنكول وسقوط الدعوى. وكذا الدعوى للمجنون الّذي لا يُرجى له إفاقة. وكذا إذا لم تكن الدعوى للوارث كأن أوصى بصرف التركة كلّها أو ما على فلان في كذا وأجاز الورثة.

قوله: ﴿ولا من ينكر... إلى قوله: الموكّل﴾ أي يجوز امتناعه من التسليم، لجواز جحود الموكّل، فأقام العلّة مقام المعلول. وحاصل ما أراد: أنّه لو ادّعى رجل على آخر أنّه وكيل عن رجل في استيفاء حقّه من المدّعى عليه لا يحلف المدّعى عليه إذا أنكر، لأنّه ليس ممّن إذا أقرّ أُلزم بالحقّ عيناً كان الحقّ أو ديناً، لأنّه إذا صدّقه في الوكالة وكان الحقّ عيناً لم يأمر بالتسليم، لأنّ ذلك إقرار في حقّ المالك فلا ينفذ، لكن لو دفع العين لم يمنع منه وكان للمالك مطالبة من شاء بإعادتها. فإن تلفت أُلزم من شاء مع إنكار الوكالة. ولا يرجع أحد منهما على الآخر لاتّفاقهما على أنّ المالك كاذب في إنكار الوكالة وظالم في المطالبة في العوض، ولا رجوع للمظلوم على غير ظالمه.

وإذا صدّقه وكان الحقّ ديناً فظاهر المصنّف هنا أنّه لا يجب عليه التسليم أيضاً، لأنّه حكم بعدم توجّه اليمين عليه إذا أنكر. وهو قول الشيخ في

«المبسوط[١]» لما ذكرنا من أنّ تسليم الحقّ إنّما يكون عن الموكّل، ولا ينفذ إقرار من عليه[٢] الدين على المدين فامتنع كونه عن[٣] الموكّل. وذهب الفاضل العجليّ [إلى] أنّه يجب عليه التسليم فيحلف لو أنكر، لأنّ هذا التصديق اقتضى وجوب هذا القدر من مال نفسه فيجب نفوذه، لأنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز[٤].

وفيه: إنّ هذا التسليم لا يبرئ الذمّة ظاهراً فلا يؤمر به، لأنّ لمن عليه الحقّ الامتناع من الأداء إلى أن يحصل الإشهاد المقتضي لحصول البراءة ظاهراً. وفي هذا نظر يأتي وجهه. وهذا التسليم لو أمر به لكان إمّا على جهة كون المدفوع مال الغائب أو مال الدافع، والقسمان باطلان، لأنّ الغائب لم يثبت توكيله فلا يكون من ماله والدافع إنّما يجب عليه تسليم مال الغائب، وذلك ظاهر.

وقد يجاب عن الأوّل بأنّ الإشهاد الّذي يجوز الامتناع من الأداء إلى حصوله إنّما هو الإشهاد على المدفوع إليه، لأنّه على تقدير إنكار التوكيل يرجع إلى ماله الّذي دفعه بالبيّنة، وعن الثاني بأنّ تسليم ذلك القدر من مال المديون على أنّه مال الغائب له اعتباران: أحدهما: كونه مال الغائب في حقّ المديون. والآخر: كونه مال الغائب نفسه، وإقرار المدين نافذ بالنسبة إلى الاعتبار الأوّل لأنّه في حقّه خاصّة، وهو كاف في وجوب التسليم، كما أنّه إذا ادّعى شخص زوجيّة امرأة فأنكرت وحلفت، فإنّا نعتبر دعواه في حقّ نفسه وإن انتفت الزوجيّة بالنسبة إليها، فلزوجيّتها اعتباران بالنسبة إليه وبالنسبة إليها، وكذا ما نحن فيه له اعتباران: أحدهما: بالنسبة إلى المديون والآخر: بالنسبة إلى الغائب، فكان قول ابن إدريس هو الحقّ عملاً بعموم: إنّ إقرار العقلاء على أنفسهم جائز[٥]، ولم يثبت المخصّص في

---

(١) المبسوط: ج ٢ ص ٣٨٦. (٢) في نسخة زيادة: إذا أنكر. (٣) في نسخة: على.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ٩٨. (٥) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١١ ب ٣ من أبواب الإقرار ح ٢.

ويجوز للوكيل بالخصومة إقامة البيّنة على وكالته من غير حضور الخصم.

والحالف قسمان: منكر ومدّعي. أمّا المنكر فإنّما يحلف مع فقد بيّنة المدّعي ومع وجودها إذا رضي المدّعي بتركها واليمين. وأمّا المدّعي فإنّما يحلف مع الردّ أو النكول على رأي.

محلّ النزاع فيحلف إن أنكر في الدين.

فإن قلت: قضيّة ذلك توجّهه في العين أيضاً.

قلت: فرق بين الدين والعين، وذلك لأنّ الدين له تعلّق بالمالك وهو تخصيصه بالدفع إليه ووجوب قبوله عليه، وتعلّق بالمقرّ وهو وجوب دفعه إلى المالك أو وكيله. فإذا أقرّ بالوكالة فقد أقرّ على نفسه. وأمّا العين فليس لها تعلّق إلّا بالمالك فلا يجدي إقراره عليها. وتوضيحه: إنّ دفع العين إلى غير المالك عرضة لفوتها عليه بخلاف الدين فإنّه متعلّق بالذمّة، فمتى أقرّ بالوكالة كان عليه تسليم الوكيل ثمّ إذا ظهر الخلاف لزم تسليم مثله إلى المالك، وليس للمالك مطالبة الوكيل لأنّه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعيّن إلّا بقبضه أو قبض وكيله.

هذا وعبارة المصنّف يمكن تنزيلها على إرادة العين فتوافق ما اختاره في الوكالة، ويمكن إبقاء الإطلاق فيخالف ما ذكر هنا، لأنّه استشكل في الدين، فليتأمّل في المقام فإنّه دقيق جدّاً. والعجب! أنّ الشارحين والمحشّين لم يتعرّضوا لكلامه في المقام.

قوله: ﴿من غير حضور الخصم﴾ الوجه في ذلك أنّه يثبت ولاية لنفسه، ويحتمل المنع، لأنّه حقّ عليه.

قوله: ﴿وأما المدّعي فإنّما يحلف مع الردّ أو النكول على رأي﴾

فإن ردّها المنكر توجّهت فإن نكل سقطت دعواه إجماعاً.

ولو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف، قيل: ليس له ذلك إلّا برضاء المدّعي. وفيه إشكال، ينشأ من أنّ ذلك تفويض لا إسقاط.

تقدّم الكلام في المسألة[١] في بحث الإنكار، وأنّ المختار أنّه يُقضى عليه بـمجرّد النكول من دون حلف.

قوله: ﴿فإن نكل سقطت دعواه إجماعاً﴾ قد تقدّم الكلام في هذا أيضاً مفصّلاً في بحث الإنكار، ونقلنا هناك هذه العبارة وقلنا: إنّها منافية لعبارته هنا في الظاهر ولعبارته الآتية في الفصل السادس وأنّ المذهب المنصور سقوط دعواه في المجلس وغيره، للأخبار والإجماع المنقول وعدم دليل للخصم سوى الاعتبار. وسيعيد المصنّف ذلك في الفصل السادس.

قوله: ﴿ولو ردّ المنكر اليمين ... إلخ﴾ تقدّم الكلام فيها أيضاً مفصّلاً في بحث الإنكار، والمصنّف حكم فيما إذا نكل ثمّ بذل اليمين أنّه لا يلتفت إليه، وهنا ـ أعني فيما إذا ردّها ثمّ بذلها ـ استشكل، ولعلّ السرّ في ذلك أنّ ردّ الحاكم عنده ليس كردّ المنكر، لأنّا حملنا عبارته هناك على ردّ الحاكم، إذ لم نجد لها محملاً صحيحاً سواه، لأنّه يكون حكم عليه بالنكول. وذلك من إفادات الاُستاذ ـ جعلني الله فداه ـ.

ثمّ إنّ المصنّف هنا سلّم للشيخ أنّه إن كان ذلك إسقاطاً ليس ذلك. وسيأتي[٢] له عن قريب أنّ الإسقاط لا يُسقط الحقّ، فالأولى أن يقال: إنّ الإسقاط والإعراض يقع على نحوين: فالإسقاط الّذي هو على وجه مخصوص لا يسقط الحقّ كما يأتي في الورقة الثالثة، فتأمّل.

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٥ ـ ٢٠٤.

(٢) يأتي في ص ٣٠٦ ـ ٣٠٥.

ويحلف المدّعي مع اللوث في دعوى الدم.

قوله: ﴿ويحلف المدّعي مع اللوث في دعوى الدم﴾ سيأتي ـ إن شاء الله بمنّه وكرمه ـ أنّ اللوث أمارة يظنّ بها صدق المدّعي فيما ادّعاه من القتل كوجود ذي سلاح ملطّخ بالدم عند قتيل في دمه أو في دار قوم أو قريتهم ونحو ذلك، فإذا كان كذلك حلف المدّعي خمسين يميناً كما يأتي في محلّه.

وهذا الحكم ثابت بالإجماع والنصوص:

منها: موثّقة أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إنّ الله تعالى حكم في أموالكم أنّ البيّنة على من ادّعى واليمين على المدّعى عليه، وحكم في دمائكم أنّ البيّنة على من ادّعى عليه واليمين على من ادّعى، لئلّا يبطل دم امرئ مسلم[1].

ومنها: مارواه في «العلل[2]» وفي «عيون أخبار الرضا عليه السلام» بأسانيده عن محمّد ابن سنان عن الرضا عليه السلام في ما كتب إليه من جواب مسائله في العلل: والعلّة في أنّ البيّنة في جميع الحقوق على المدّعي واليمين على المدّعى عليه ما خلا الدم، لأنّ المدّعى عليه جاحد ولا يمكنه إقامة البيّنة على الجحود، لأنّه مجهول، وصارت البيّنة في الدم على المدّعى عليه واليمين على المدّعي لأنّه حوط يحتاط به المسلمون، لئلّا يبطل دم امرئ مسلم وليكون ذلك زاجراً وناهياً للقاتل لشدّة إقامة البيّنة على المجحود عليه، لأنّ من يشهد على أنّه لم يفعل قليل. وأمّا علّة القسامة أن جعلت خمسين رجلاً فلما في ذلك من التغليظ والتشديد والاحتياط لئلّا يهدر دم امرئ مسلم[3].

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧١ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٣.
(٢) علل الشرائع: ب ٣٢٨ ج ٢ ص ٥٤٢ ح ٢.
(٣) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ب ٣٣ ج ٢ ص ٩٦ ضمن ح ١.

وإذا ادّعي على المملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالاً أو جناية، والأقرب عندي توجّه اليمين عليه، فإن نكل ردّت على المدّعي ويثبت الدعوى في ذمّة العبد يتبع بها بعد العتق.

إلى غير ذلك من الأخبار المتظافرة المشتملة على القضايا، وقد عُقدت لها أبواب.

وقد خالفت القسامة غيرها من أيمان الدواعي في أُمور: كون اليمين ابتداءً على المدّعي، وتعدّد الأيمان فيها، وجواز حلف الإنسان لإثبات حقّ غيره ولنفي الدعوى عن غيره، إلى غير ذلك ممّا يأتي في محلّه.

قوله: ﴿وإذا ادّعي ... إلى قوله: بعد العتق﴾ هذه المسألة من المشكلات، ولقد استشكل في هذه العبارة ونحوها كعبارة «الشرائع» الشهيد الثاني في «المسالك» والمولى الأردبيلي في «المجمع» وغيرهما كالمولى الخراساني، وادّعى صاحب «المسالك» أنّ عبارات المصنّف في كتبه مختلفة بل قال: عبارته في هذا الكتاب مخالفة لعبارته في كتاب الإقرار، وصاحب «المجمع» ناقش في عبارة «الإرشاد» بكلّ جهده وما حكم بشيء.

ونحن بعون الله تعالى وبركة أهل البيت عليهم السلام نبيّن أوّلاً مراد المصنّف من هذه العبارة، ثمّ ننقل عباراته الّتي ظنّ أنّها مختلفة وندفع الإشكال عنها، ثمّ ننقل عبارات الأصحاب وننقّح المسألة على قدر ما يتفضّل الله تعالى علينا به من الهداية.

فنقول: مراد المصنّف أنّه إذا ادّعي على المملوك فأقرّ لا عبرة بإقراره وإنّما العبرة بإقرار المولى، لأنّه هو الغريم، لأنّ قضيّة الدعوى إمّا المال أو النفس أو الطرف والكلّ للمولى، فلا عبرة بإقرار العبد إذا أنكر المولى مادام مملوكاً وقلنا: إنّ العبد لا يملك كما هو الصحيح، ولا يلزم من اعتبار إقرار المولى وإنكاره مادام

العبد مملوكاً لزوم القصاص في النفس والطرف بل اللازم الاسترقاق كلّاً أو بعضاً. ولا يلزم منه ـ أي من اعتبار إقرار المولى أيضاً ـ صحّة إقراره عليه بالحدود والعقوبات كالتعزير وضرب اليد في الاستمناء ونحو ذلك حيث لا يصدّقه العبد، كلّ ذلك بالإجماع كما في «الخلاف» وغيره. ولا يلزم من عدم اعتبار إقرار العبد مادام مملوكاً أن لا يعتبر فيما بعد العتق بل إذا أقرّ تبع بما أقرّ به من مال أو قصاص كما قرّرنا ذلك في كتاب الإقرار.

فقد تحصّل بهذه القيود الّذي لا يختلفون فيها على الظاهر أنّ الغريم حقيقة يكون هو المولى في بعض الدعاوى، وهو ما إذا أوجب استرقاقاً للعبد كلّاً أو بعضاً أو أخذاً لمال الّذي هو عين في يده أو يد مولاه، ويكون هو العبد في بعضها، وهو كلّما يتبع به بعد العتق من غرامة أو قصاص، وفي بعضها كلاهما، وهو ما إذا أريد الاقتصاص منه نفساً أو طرفاً في الحال، فلابدّ فيه من تصديقهما.

وعلى هذا التقدير تنزّل عبارة «التحرير والإرشاد والشرائع» وغيرها حيث قيل: والغريم هو المولى كما لا يخفى، وقد أفصحت بذلك عبارة «الدروس» مع قصور في الجملة قال: ولو ادّعي على العبد فالغريم المولى وإن كانت الدعوى بمال ولو أقرّ العبد تبع به، ولو كان بجناية وأقرّ العبد فكذلك، ولو أقرّ المولى خاصّة لم يقتصّ من العبد فيملك المجني عليه بقدرها.

وأمّا كلام المصنّف في كتاب الإقرار فقد قال في «المسالك»: إنّه حكم بعدم قبول إقرار العبد على نفسه مطلقاً لكن هو يتبع بالمال بعد العتق، وحكم بعدم قبول إقرار المولى عليه مطلقاً لكن في الإقرار بالجناية يجب المال ويتعلّق برقبته. قلت: أمّا عبارته في الحكم الأوّل في كتاب الإقرار فهي هذه: العبد و لا يقبل إقراره بمال ولا حدّ ولا جناية توجب أرشاً أو قصاصاً إلّا أن يصدّقه السيّد، ويتبع بعد العتق بالمال ولو قيل يقبل فيتبع وإن لم يصدّقه السيّد كان وجهاً. ومراده بالمال الأخير

الدين لا العين، لأنّه لو صدقه في العين وجب الدفع كما هو بديهيّ، كما أنّه لو صدّقه في الجناية إذا أوجب أرشا أو قصاصاً فإنّه يجب عليه تعجيل الحقّ. ولو صدّقه في الدين لا يجب الدفع بل تتبع به العبد. وحاصل هذه العبارة أنّ العبد لايقبل إقراره في عين المال ولا في الجناية إلّا إذا صدّقه المولى فإنّه يقبل ويجب على المولى تعجيل الأداء في الجميع، وإذا كان المال ديناً لا يجب على المولى أن يؤدّيه في الحال ولا على العبد أيضاً، لأنّ جميع ما يكتسبه حقّ السيّد، بل يتبع به بعد العتق، ثمّ استوجه أنّه يتبع بالجميع بعد العتق وإن لم يصدّقه السيّد. ويأتي بيان الوجه في أن جعل هذا وجهاً. وعلى كلّ حال فهذه العبارة غير منافية لما نزّلنا عليه عبارة المصنّف.

وأمّا قوله في «المسالك» إنّه حكم بعدم قبول إقرار المولى عليه مطلقاً، فلم أجد ذلك في كتاب الإقرار، ولعلّ توهّم ذلك من قوله: ولا يصحّ إقرار المولى عليه بحدّ ولا غيره، وقد بيّنّا في باب الإقرار أنّ المصنّف إنّما أراد بهذه العبارة التنبيه على المسألة الإجماعيّة، وهي أنّ إقرار المولى لا ينفذ على العبد في الحدّ وغيره من العقوبات كالتعزير وضرب اليد ونحو ذلك، لأنّه إيلام للعبد، وهو متعلّق به وبالمولى، فلا يكفي إقرار المولى في ثبوته كما لا يكفي إقرار العبد، وليس المراد بقوله: وغيره، غير ما ذكرنا كما فهمه شارحو كلامه العارفون بمرامه، على أنّه لو أراد ما ذكرت لما قال بعده: ولو أقرّ عليه بالجناية ... إلخ بل الواجب أن يستثنى ذلك فيقول: إلّا في الجناية، أو لكن في الجناية كما نقلت أنت عنه بناء على ما فهمت.

وتنقيح ذلك أن يقال: إذا أقرّ المولى وأنكر العبد فإن كان في عين مال وجب الدفع، وإن كان في جناية توجب قصاصاً في النفس أو الطرف فالاسترقاق كلّاً أو بعضاً كما سبق التنبيه عليه، وإن كان في دين أو إتلاف مال فالظاهر لا يتعلّق بذمّة

المولى ولا برقبة العبد وإنّما يستحلف العبد، فإن حلف سقطت، وإن نكل أو ردّ اليمين وحلف المدّعي اتبع به بعد العتق.

هذا ومن أحاط خبراً بما ذكرنا عرف أنّ عبارة الشيخ في المبسوط غير منافية لما قلنا وبأدنى تأمّل يعلم إمكان تنزيلها على ذلك، وهي هذه: إذا ادّعي على العبد حقّ فإنّه ينظر، فإن كان حقّاً يتعلّق ببدنه كالقصاص وغيره فالحكم فيه مع العبد دون السيّد يعني أنّه الّذي يلزم بالجواب دون السيّد وإن كان مشتركاً بينهما فإنّ معظم الضرر عليه، قال: فإن أقرّ به لزمه عند المخالف وعندنا لا يقبل إقراره ولا يقتصّ منه مادام مملوكاً يعني إن لم يصدّقه المولى وإلّا اقتصّ لانحصار الحقّ فيهما، قال: فإن أعتق لزمه ذلك ... إلى أن قال: وإن كان حقّاً يتعلّق بالمال كجناية الخطأ وغير ذلك فالخصم فيه السيّد، فإن أقرّ به لزمه. وهذا كما ترى ليس فيه مخالفة لما ذكرنا عند من تأمّل، لكنّه قال بعد هذه العبارة: وإن أنكر فالقول قوله، فإن حلف سقطت الدعوى، ومعناه: أنّ القول قول المولى وأنّه يحلف. ودليله قولهﷺ: «اليمين على من أنكر» [1] وفيه: إنّ المدّعى عليه في الحقيقة العبد وإن آلت الدعوى عليه إلى الدعوى على السيّد وأنّ الحلف على نفي فعل الغير غير معقول إلّا أن يقيّد بما إذا كان عالماً أو يحلف على عدم العلم. هذا كلّه فيما إذا أقرّ العبد وأنكر المولى أو أقرّا معاً أو أقرّ المولى وأنكر العبد، وأمّا إذا أنكر العبد ولم يقرّ المولى فقد قال المصنّف: إنّ الأقرب عنده توجّه اليمين عليه ـ أي على العبد ـ لأنّ الدعوى توجّهت على فعله، فإن حلف سقطت الدعوى عنهما، وإن نكل ردّت اليمين على المدّعي وتثبت الدعوى بيمينه في ذمّة العبد يتبع بها بعد العتق، ولا يثبت على المولى شيء للأصل إن كانت اليمين المردودة كالإقرار فإنّه إقرار

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٠ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم.

في حقّ الغير فلا يسمع، وإن كانت كالبيّنة تبع بها بعد العتق أيضاً إن كان الحقّ ديناً لما عرفت. وأمّا إذا تعلّقت بالعين أو بالرقبة قصاصاً أو استرقاقاً وكانت اليمين كالبيّنة فيثبت حقّ المدّعي معجّلاً، وإن قضينا بمجرّد النكول فهو كالإقرار. وعلى هذا فيجب أن ينزّل قول المصنّف: والأقرب ... إلى آخره لما عرفت. وكذا قال الشيخ في «المبسوط» والشهيد في «الدروس» ففي «المبسوط» وأمّا إن أنكر ـ أي العبد ـ فالقول قوله، وإن حلف سقطت الدعوى، وإن نكل ردّت اليمين على المدّعي فيحلف ويحكم له بالحقّ يعني معجّلاً إن كانت اليمين المردودة كالبيّنة وكان الحقّ عيناً أو قصاصاً وإلّا فبعد العتق. وفي «الدروس» بعد أن ذكر ما نقلناه عنه آنفاً ما نصّه: ويلزم من هذا وجوب اليمين على العبد لو أنكر الملزوم بسماع الدعوى عليه منفرداً يعني ما يتبع به بعد عتقه.

فقد اتّفقت الكلمة واتّضح الحكم في المسألة إلّا أنّ لي تأمّلاً في مقامين:

أحدهما: في نفوذ إقرار العبد وهو مملوك بحيث يتبع به بعد العتق وزوال السلطنة عنه فإنّه قد يقال بعدم النفوذ حينئذ لانتفاء أهليته للإقرار لأنّه لا يقدر على شيء كما دلّت عليه الآية الشريفة[1] ولأنّ في نفوذه بعد العتق إضراراً على المولى لقلّة الرغبة فيه، لأنّ ضمان شيء في الحرّية يزاحم الإرث بالولاء. ولعلّه لذلك قال المصنّف في الإقرار: ولا يقبل إقراره بمال ولا حدّ ولا جناية إلّا أن يصدّقه المولى فيتبع بالمال، لكنّه قال: ولو قيل: يُقبل ويتبع به وإن لم يصدّقه كان وجهاً. ولعلّه لادّعاء انتفاء الدليل الدالّ على سلب الأهليّة، وإنّما منع من النفوذ في الحال حقّ المولى، ولهذا ينفذ في الحال لو صدّقه. فالنفوذ في وقت لا حقّ للمولى فيه لامانع منه. ولمّا كانت قدرته على إنشاء الإقرار معلومة لم يكن عموم الآية متناولاً لهذا

---

(١) النحل: ٧٥.

الفرد، ولو سلّم فهو معارض بعموم إقرار العقلاء[1] فينزّل نفي قدرته على إنشاء الإقرار على كون ذلك بالنسبة إلى المولى جمعاً بين الدليلين. وتخيّل النقص على المولى لقلّة الرغبة غير معتدّ به فإنّ ذلك لا ينظر إليه، لأنّ مجرّد حصول الحرّية مظنّة التصرّفات المانعة من الإرث بالولاء أو المنقصة له كالتزويج وغيره. وهذا الّذي قلناه جيّد إلّا في الحدّ فإنّه يدرأ بالشبهة فلا يتبع به بعد العتق فتأمّل.

والمقام الثاني: إنّ المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ ظاهره كما نزّلنا كلامه عليه أنّ النكول من العبد ويمين المدّعي إذا كانا بمنزلة البيّنة يوجبان ثبوت الحقّ على المولى معجّلاً في العين والقصاص. وكذا ظاهر الشيخ في «المبسوط» كما عرفت. وفيه: إنّ قيام ذلك مقام البيّنة وإن أوجب الرجوع معجّلاً إلّا أنّ السبب نشأ من جانب العبد فلا يتعلّق بحقّ السيّد بمجرّده فليتأمّل. ثمّ إنّا قد حقّقنا في بحث الإنكار في الفصل الثاني من أنّ النكول وردّ اليمين ليس بمنزلة الإقرار ولا البيّنة، وعلى تقدير التسليم فهو بمنزلة الإقرار كما سلف بيانه ويأتي.

وليعلم أنّ صاحب المسالك ـ رحمه الله تعالى ـ بعد أن ذكر أنّ العبارات مختلفة قال: والأقوى أنّ الغريم كلّ واحد ... إلى أن قال: وإن وقع نزاع بينه وبين المولى فإن أقرّ بالمال ألزم مقتضاه معجّلاً في ذمّته أو متعلّقاً برقبة العبد. وفيه نظر واضح، لأنّك قد علمت أنّ المولى إذا أقرّ بأنّ العبد إذا أتلف شيئاً أو استقرض شيئاً لا يثبت على ذمّة المولى وإنّما يتبع به العبد بعد العتق إن صدّق المولى، وإن أنكر ففي ثبوته على ذمّة المولى أو رقبة العبد مطلقاً إشكال والأصحّ أنّه لا يثبت في رقبة العبد ولا في ذمّة المولى بمجرّد إقرار المولى بل يحلف العبد فإن حلف وإلّا اتبع به بعد العتق كما سلف، ولا كذلك الجناية كما لو أقرّ المولى عليه بقصاص

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١١١ ب ٣ من أبواب الإقرار ح ٢.

ولا تُسمع الدعوى في الحدود مجرّدة عن البيّنة ولا يتوجّه اليمين على المنكر.

فإنّه لا يضمن المولى ولا يتوجّه على العبد القصاص بل يطالب العبد بالجواب فإن اعترف لمولاه اقتصّ منه وإلّا كان للمجني عليه من رقبته بقدر الجناية وله تملّكه إن استوعبت كما نبّه عليه ذلك في «التحرير والدروس».

وبهذا يسقط اعتراض المولى الأردبيلي حيث فهم من إطلاق عبارة الإرشاد أنّ المولى لو أقرّ عليه بالقصاص يثبت على العبد وإن أنكر، واعترض أيضاً بأنّه كيف يتوجّه على السيّد اليمين مع إنكاره وإقرار العبد. ويندفع هذا بأنّه يحلف على نفي العلم كما عرفت في عبارة «المبسوط». واعترض أيضاً بأنّه قد يترتّب على إقرار العبد أثر فيتبع به بعد العتق. وجوابه إنّك قد علمت إنّا قلنا إنّه لا يلزم من عدم اعتبار إقرار العبد حين كونه رقّاً أن لا يعتبر بعد العتق بل إذا أقرّ تبع به كما صرّح به المصنّف في كتاب الإقرار. واعترض أيضاً بأنّا نمنع لزوم المال على السيّد بمجرّد إقراره أنّ مملوكه أخذ مال الناس وأتلفه. والجواب إنّا قد خصّصنا ذلك بالعين كما عرفت تحقيقه.

هذا وقد سلف أنّ الغريم تارة هو المولى فقط وتارة هو العبد فقط وتارة هما معاً، فكانت الأقسام ثلاثة، وقد نزّلنا العبارات المطلقة على ذلك لما اتّضح من أنّ ذلك هو مرادهم بالتقرير السالف، لكن يبقى الكلام في اليمين والأقرب توجّهها على العبد في الأقسام الثلاثة لما عرفت فيما تقدّم، وقد أشرنا إلى ذلك لكن أردنا التنصيص عليه، وأمّا المولى فتتوجّه عليه في الأوّل والثالث، ولكن يحلف على نفي العلم كما عرفت. فقد اتّضحت المسألة بحذافيرها.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يُسمع الدعوى في الحدود

ولو قذفه ولا بيّنة فادّعاه عليه، قيل: له إحلافه ليثبت الحدّ على القاذف، وفيه نظر من حيث إنّه لا يمين في حدّ.

مجرّدة عن البيّنة ... إلخ﴾ هذا قد تقدّم، وإنّما أعاده لما بعده، وقد تقدّم ذكر الخلاف فيما اشترك بين الله تعالى وبين الآدمي

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو قذفه ولا بيّنة فادّعاه، قيل: له إحلافه ليثبت الحدّ على القاذف﴾ هذا نحن قد قدّمنا ذكره استطراداً وقلنا: إنّ القائل هو الشيخ في «المبسوط» واستحسنه الشهيد، وأنّ قوله قويّ من حيث الاعتبار وعموم اليمين على من أنكر. وقد تقدّم نقل عبارته عن قريب عند قول المصنّف: ولا يحلف في حدود الله تعالى [١]. والضمير في قوله: فادّعاه، يرجع إلى مادلّ عليه القذف من الفاحشة، فيصير المعنى: فادّعى القاذف على المقذوف فعل الفاحشة، وإن شئت قلت: ادّعى المقذوف به. ولا يصحّ أن يرجع إلى القذف، لأُمور ثلاثة، أوّلها: أنّ الشيخ صرّح بأنّه ادّعى القاذف على المقذوف فعل الزنا.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وفيه نظر﴾ قد سبق منّا بيان وجه النظر من أنّ ظاهر الآية الشريفة [٢] ثبوت الحدّ على القاذف بمجرّد القذف. وقد جعل المصنّف وجه النظر إطلاق النصّ والفتوى من أنّه لا يمين في حدّ. ويدلّ عليه بالطريق الأولى خصوص مرسل البزنطي ـ المتقدّم ـ من أنّه أتى رجل إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فقال: هذا قذفني ولم يكن له بيّنة فقال: يا أميرالمؤمنين استحلفه. فقال عليه السلام: لا يمين في حدّ [٣] لفهم المسألة بطريق أولى.

---

(١) تقدّم في ص ٢٨٥. (٢) النور: ٤.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٣٣٥ ب ٢٤ من أبواب مقدّمات الحدود ح ١.

ومنكر السرقة يحلف لإسقاط الغرم، فإن نكل حلف المدّعي ويثبت المال دون القطع، وكذا لو حلف مع شاهد واحد.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ومنكر السرقة يحلف لإسقاط الغرم فإن نكل حلف المدّعي ويثبت المال﴾ أراد بذلك دفع ما عساه يتوهّم من عدم اليمين في السرقة لأنّها موجبة للحدّ ولا يمين في حدّ. وحاصل ما أراد أنّ السرقة تارة تكون موجبة للحدّ والمال معاً، وهو ما إذا ثبتت بالإقرار أو البيّنة مع الشرائط من النصاب وغيره، وتارة موجبة للمال فقط، وذلك فيما إذا عدمت الشرائط، وقد يثبت القطع دون المال فيما إذا أقرّ المحجور عليه بالسرقة فإنّه يقطع ولا يلزمه المال فلا تلازم بينهما، فليسا معلولين لعلّة واحدة كما ظنّه المحقّق[1] حيث تردّد في القضاء على الغائب فقال: كيف يقضى عليه في السرقة بالمال دون القطع مع أنّهما معلولان لعلّة واحدة؟ وردّه في «المسالك[2]» بأنّ علل الشرائع معرّفات وليست عللاً حقيقة.

قلت هذه: الكلمة اشتهرت على ألسنة المتأخّرين وكثيراً ما ردّوا بها على المتقدّمين، والّذي ظهر لي من ملاحظة كلام أهل الاُصول أنّه لا يجوز التخلّف في علل الشرع وإن قلنا: إنّها معرّفات، لأنّ معنى المعرفة العلامة الّتي نصبها الشارع دليلاً على الحكم بمعنى أنّ كلّ من له أهليّة الحكم إذا عرفها عرف ثبوت الحكم، ولأنّه لو جاز التخلّف فيها لما أمكن القول بمنصوص العلّة. ففي موضع التخلّف لاتكون العلّة متحقّقة بل يكون شرط من شروطها مفقوداً ونحوه. وسيأتي لهذا ـ إن شاء الله تعالى ـ مزيد تحقيق في مبحث القضاء [على الغائب][3].

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٦.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٩.
(٣) يأتي في ص ٤٣٠.

ولا يُحلَّف مدّعي إبدال النصاب في الحول ولا مدّعي نقصان الخرص ولا مدّعي الإسلام قبل الحول، بل يصدّقون.

وقد حكم المصنّف أنّه إذا نكل حلف المدّعي ويثبت المال دون القطع، لأنّه حدّ فيدرأ بالشبهة، وهذا منه بناء على أنّه لا يقضي بمجرّد النكول، وقد علمت المختار. ولمّا كانت حدود الله ـ سبحانه وتعالى ـ لا تثبت باليمين مطلقاً يندفع ما عساه يقال: من أنّه إذا نكل وحلف المدّعي أو بدون حلف على القول الآخر يلزم القطع، لأنّهم قالوا: إنّ النكول واليمين المردودة إمّا بمنزلة البيّنة أو الإقرار وعلى التقديرين يلزم الحدّ، وذلك لأنّا إذا أثبتناه هنا نكون أثبتناه بيمين أو نكول أدون منها وقد قالوا: لا تثبت الحدود باليمين إلّا أن تقول: إنّ هذه اليمين المردودة ليست كغيرها.

قلنا: قد حقّقنا أنّها ليست كأحدهما بل هي أصل برأسه، سلّمنا ولكن يكفي أنّ الحكم مظنّة شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، على أنّ الظاهر أن هذا الحكم ممّا لا يختلفون عليه. وسيأتي لهذا مزيد تحقيق في القضاء على الغائب.

قوله: ﴿بل يصدّقون﴾ بلا يمين، لأنّ الزكاة والجزية من حقوق الله تعالى فلا يتعيّن لهما أهل يكون هو المستحلف والمدّعي، لأنّه أمر لا يعلم إلّا من قبل المدّعي كالعدّة والحيض. واستدلّ في «المبسوط[1]» للأخير بأنّه لو أسلم بعد الحلول سقطت عنه الجزية. والأصل في ذلك الإجماع على هذه الثلاثة.

وقد ذكر بعضهم مواضع أُخر[2] يقبل فيها قول المدّعي من دون يمين،

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٣.

(٢) راجع مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٠١ ـ ٥٠٢، ذكر فيه ٢٢ موضعاً.

وضبطها بعضهم بأنّه كلّ ما كان بين العبد وبين الله ولا يعلم إلّا منه ولا ضرر فيه أو ما تعلّق بالحدّ أو التعزير. وهو على إجماله منقوض بكثير من الصور الّتي عدّوها من هذا القبيل.

فمنها: مدّعي البلوغ، و قيّده بعضهم بدعوى الاحتلام، وأمّا بالسنّ فيكلّف بالبيّنة لإمكان إقامتها عليه، والإنبات يعتبر في محلّه وهو ليس من العورة، سلّمنا لكنّه من الضرورة.

ومنها: مدّعي أنّه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزية.

ومنها: مدّعي تقدّم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذراً من القتل.

ومنها: مدّعي فعل الصلاة والصيام خوفاً من التعزير.

ومنها: مدّعي إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنيّة كالاستئجار على الحجّ والصلاة والصيام.

ومنها: دعوى الولي إخراج ما كلّف به من نفقة وغيرها، أو الوكيل فعل ما وكلّ فيه، فتأمّل جيّداً.

ومنها: دعوى المعير ومالك الدار لو نازعه المستعير والمستأجر في ملكيّة الكنز على قول مشهور.

ومنها: دعوى ذي الطعام أنّه لم يبقه إلّا لقوته وإن زاد عليه في نفي الاحتكار، فتأمّل.

ومنها: قول المدّعي مع نكول خصمه على القول بالقضاء بالنكول.

ومنها: مدّعي الغلط في إعطاء الزائد عن الحقّ لا التبرّع.

ومنها: دعوى المحلّلة الإصابة.

ومنها: دعوى البراءة ممّا يتعلّق بالحيض والطهر كالعدّة.

ولو أقام شاهداً فأعرض عنه وقنع بيمين المنكر أو كان له بيّنة كاملة فأعرض عنها أو قال: أسقطت البيّنة وقنع بيمين المنكر، فالأقرب أنّ له الرجوع إلى البيّنة واليمين مع شاهد قبل الإحلاف.

ومنها: منكر السرقة بعد إقراره مرّة في المال، فتأمّل.

ومنها: مدّعي الهبة من المالك ليسلم من القطع وإن ضمن المال.

ومنها: منكر موجب الرجم الثابت بإقراره.

ومنها: مدّعي الإكراه في الإقرار المذكور.

ومنها: مدّعي الجهالة مع إمكانها في حقّه.

ومنها: مدّعي الاضطرار في الكون مع الأجنبيّ مجرّدين.

ومنها منكر القذف بناءً على عدم سماع مدّعيه.

ومنها: مدّعي ردّ الوديعة على القول المشهور.

ومنها: دعوى الظئر أنّه الولد.

ومنها: مدّعي تقدّم العيب مع شهادة الحال.

ومنها: دعوى الحربي أنّ الإنبات بالعلاج، إلى غير ذلك ممّا ذكروه في «غاية المراد[1]» وغيرها[2].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فالأقرب أنّ له الرجوع إلى البيّنة اليمين مع شاهد قبل الإحلاف﴾ كما في «الخلاف[3] والشرائع[4] والإيضاح[5]

---

(١) غاية المراد: ج ٤ ص ٤٦.

(٢) كمسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٠١ ـ ٥٠٣.

(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٧٩ المسألة ٢٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩١.

(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤١.

والإرشاد[1] والمختلف[2] والدروس[3] والمسالك[4]» وغيرها. والمخالف إنّما هو الشيخ في «المبسوط[5]» وأبو عبدالله العجلي[6]. والأصحاب إنّما نقلوا الخلاف عن الشيخ فقط.

حجّة الأكثر: أنّ الحقّ له ثابت والأصل بقاؤه حتّى يثبت المزيل ولم يثبت كون قوله: «أسقطت بيّنتي» مسقطاً وإنّما غايته الإعراض وهو لا يسقط الحقّ.

وفيه نظر من وجهين:

الأوّل: إنّهم قد اعترفوا في المسألة المتقدّمة ـ أعني ما إذا ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف ـ أن ليس له ذلك إن كان ذلك إسقاطاً وسلّموا للشيخ أنّ الإسقاط مسقط، وإنّما ادّعوا هناك أنّه تفويض كما عرفت.

الثاني: إنّا لا نسلّم أنّ الإعراض مطلقاً لا يسقط الحقّ بل لهم في ذلك خلاف يأتي ذكره[7]، بل قد قيل: إنّ كلّ من أعرض عن حقّ له مالاً كان أو غيره غير ناوٍ الرجوع إليه أصلاً يسقط حقّه منه، كالبعير يُترك والسفينة تنكسر في البحر فيعرض أهلها عمّا فيها ليأسهم ونحو ذلك، وإنّما الإعراض الّذي لا يسقط الحقّ الإعراض على وجه مخصوص، فإنّ من قدّم للغير طعامه معرض عنه إن أكله الغير لا مطلقاً، إلّا أنّ يُدّعى أنّ الإعراض في المقام من هذا القبيل كما هو الظاهر ـ فإنّه إنّما أسقط بيّنته على وجه مخصوص وهو حلف المنكر، فله الرجوع قبل أن يحلف، كما أنّ لذلك الرجوع قبل أن يأكل الغير. ويبقى الكلام في أنّه لا وجه للإطلاق. وكذا يقال فيما إذا ردّ اليمين ثمّ بذلها.

واعلم أنّ ابن حمزة في هذه ـ أعني فيما إذا ردّ اليمين ثمّ بذلها ـ وافق الشيخ

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٦.
(٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٤٢.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٤.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٩٩.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢١١.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٤١.
(٧) يأتي في ص ٣٥٨.

في أنّه ليس ذلك، فبالطريق الأولى أن يكون موافقاً فيما نحن فيه، فيكون القائلون بذلك ثلاثة من أجلّاء الأصحاب. ثمّ إنّي تتبّعت «الوسيلة» فوجدته قال فيها: وإذا أقام شاهداً وقال: لا أختار اليمين سقط حقّه منها، فإن ادّعى ثانياً في مجلس آخر ونكل المدّعى عليه أو ردّها عليه كان له أن يحلف[1]. ومن هنا ينبغي أن يقيّد كلام الشيخ بما إذا لم يرض المنكر فإذا رضي كان له الرجوع كما في مسألة ردّ اليمين ثمّ بذلها إلّا أن تقول: إنّ المنكر لو نكل عن اليمين والحالة هذه ردّت اليمين على المدّعي قطعاً على القولين، إذ ليست هي ما بذله بل هي يمين الردّ، فلا يلزم من سقوط تلك على قول الشيخ سقوط هذه (نسخة).

احتجّ الشيخ[2] بأنّ إقامة البيّنة واليمين حقّ له وقد أسقطه، والأصل في فعل المسلم الصحّة فيسقط بالإسقاط فلا يعود إليه إلّا بدليل. قال في «الإيضاح[3]»: وهذا القول ضعيف كدليله، لأنّ ذلك مصادرة على المطلوب.

قلت: ليس هذا من المصادرة في شيء، لأنّ المصادرة أخذ المدّعى دليلاً، وقوله: «فيسقط بالإسقاط» لم يأخذه دليلاً وإنّما هو نتيجة الشكل الأوّل. والحقّ في الجواب أن يقال: إنّا لانسلّم الصغرى على الإطلاق، لأنّه إنّما أسقطه على وجه مخصوص وهو حلف المنكر ولم يقع.

واستدلّ على المشهور في «الإيضاح[4]» بأنّ العدول إلى يمين المنكر لا يبرئ الذمّة ولا يملّك العين، وكلّما كان كذلك فحقّه الرجوع. وتبعه على ذلك في «المسالك[5]» وهو كما ترى! على أنّ الكبرى ممنوعة، فإنّ يمين المنكر لا تبرئ الذمّة في الواقع إن كان كاذباً ولا تملّك العين، وليس حقّ المدّعي الرجوع، وهذا

---

(١) الوسيلة: ص ٢٢٩.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢١١.
(٣ و ٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤١.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٩٩.

ولو شهد للميّت واحد بدين ولا وارث، قيل: يُحبس حتّى يحلف أو يقرّ لتعذّر اليمين من المشهود له. وكذا لو ادّعى الوصيّ الوصيّة للفقراء وأقام شاهداً فأنكر الوارث. وفيه نظر.

كذلك يسقط الحقّ ويتعيّن اليمين على المنكر من دون إبراء وتمليك. فالصواب في الاستدلال على المسألة أن يستدلّ بالأصل وأنّ المتحقّق الرضا بالإسقاط إذا حلف المنكر، والإسقاط إنّما يتحقّق إذا حلف.

بقي الكلام فيما إذا أعرض المدّعي عن بيّنته، هل للمنكر الامتناع من الحلف؟ بأن يقول: إنّما تجب عليّ اليمين مع عدم البيّنة لا مع وجودها فمعها لا أحلف، فعليك إمّا أن تقيم بيّنتك أو تسكت. قلنا: ليس له ذلك قولاً واحداً بل الخيار للمدّعي إن شاء أحلفه وإن شاء أقام البيّنة. وما عساه يتوهّم من بعض عبارات الأصحاب حيث يقولون: أمّا المنكر فإنّما يحلف مع فقد بيّنة المدّعي فذلك منهم بناء على وضوح الأمر أو على عدم الحاجة إلى اليمين وعدم تعيّنها عليه حينئذٍ، ولقد تفصّى المصنّف عن هذه الوصمة فقال بعد هذه العبارة: ومع وجودها إذا رضي المدّعي بتركها واليمين [1].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو شهد للميّت واحد بدين ولا وارث، قيل: يُحبس حتّى يحلف أو يقرّ لتعذّر اليمين من المشهود له. وكذا لو ادّعى الوصيّة للفقراء﴾ القائل بذلك هو الشيخ في «المبسوط [2]» والمصنّف في «التحرير [3]» والشهيد في «الدروس [4]» إلّا أنّه احتمل في الدروس القضاء بالنكول. واستوجه هذا الاحتمال الشهيد الثاني في

---

(١) تقدّم في ص ٢٩١.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٤.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١.

(٤) الدروس الشرعيّة: ج ٢ ص ٩٠.

«المسالك[1]». والمصنّف ـ في الفصل السادس في النكول في آخره ـ احتمل تركه واحتمل القضاء بالنكول. وتبعه على ذلك الفاضلان الشارحان[2]. أمّا الترك فلأنّ الحبس عقوبة لم يثبت موجبها ولا يمكن الردّ، والنكول ليس سبباً للقضاء.

وفيه: إنّ سبب الحبس امتناعه من اليمين الواجبة عليه شرعاً ومن دفع المال عملاً بقوله: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته»[3]. وأمّا القضاء بالنكول فلتعذّر الردّ هنا.

وزاد فرعاً آخر، وهو ما إذا ادّعى الساعي أو الفقير إقرار المالك بثبوت الزكاة في ذمّته.

وفي «الشرائع[4]» استشكل كالمصنّف هنا وكولده هنا أيضاً في «الإيضاح» وابن أُخته في «كنز الفوائد».

وسيأتي ذكر هذه المسألة مرّة أُخرى في الفصل السادس في النكول ولا أعلم أحداً تعرّض لهذا الفرع غير هؤلاء.

قال الشيخ في «المبسوط[5]»: ثلاث مسائل لا يمكن فيها ردّ اليمين:

إحداها: أن يموت رجل ولا يخلّف وارثاً مناسباً فوُجد في روزنامجته دين على رجل أو شهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف سقط الحقّ، وإن لم يحلف لم يمكن ردّ اليمين، لاستحالة تحليف المسلمين والإمام لعدم العلم، ولا يهمل مال بيت المال، فيحبس المدين حتّى يعترف فيؤدّي أو يحلف فينصرف.

والثانية: إذا ادّعى الوصيّ على الورثة أنّ أباهم أوصى للفقراء والمساكين،

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٠٤.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤١، وكنزالفوائد: ج ٣ ص ٤٩٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٩٠ ب ٧ من أبواب الدين والقرض ح ٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٢.

(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٤.

فأنكروا ذلك فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى، وإن نكلوا لم يمكن ردّ اليمين، لأنّ الوصيّ لا يجوز أن يحلف عن غيره، والفقراء والمساكين لا يتعيّنون ولا يتأتّى منهم الحلف، فقال قوم: يحكم بالنكول ويلزم الحقّ لأنّه موضع ضرورة، وقال آخرون: تحبس الورثة حتّى يحلفوا أو يعترفوا له.

وأنت خبير بأنّ الشيخ إنّما حكم بالحبس في المسألة الأُولى إذا أقام شاهداً أو وجد في روزنامجته، وفي الثانية لم يحكم بشيء. ثمّ إنّه لم يذكر أنّ الوصيّ أقام شاهداً، بل ظاهره الإطلاق فيشمل ما إذا أقام أو لم يقم شاهداً، بل ظاهره أنّه لم يقم شاهداً، فنسبة ذلك إليه لعلّها لم تصادف محلّها، لأنّه فرق تامّ بين أن يقيم شاهداً ـ ولا سيّما إذا كان امرأة ـ وبين أن لا يقيم.

والمصنّف قال: فيه نظر، لأنّه عقوبة لم يثبت سببها ولم يحكم بشيء، والظاهر أنّه يحتمل عنده الحكم بالنكول وإن كان ممّن لا يختاره لمكان الضرورة وإيقاف الحكم حتّى يقرّ.

ونحن نقول: لمّا كان المختار عندنا القضاء بالنكول سهل علينا الأمر، كما أنّه رجع إليه هنا من خالفنا عليه كالشهيدين وغيرهم في هذه المسائل الثلاث، وسيأتي الكلام فيها مرّة أُخرى في الفصل السادس في النكول، بل نسب في «الإيضاح[1]» القول بالقضاء بالنكول ـ في مسألة مدّعي الزكاة على المالك بإقراره ومسألة من لا وارث له ـ إلى كثير من الفقهاء القائلين بعدم القضاء بالنكول.

قلت: ومن هذا القبيل كلّ مسألة ادّعي فيها مال ولم يمكن ثبوت أصل الحقّ فيها بغير النكول، فتأمّل. وهذا ممّا يؤيّد المختار.

ثمّ إنّا نقول: لو أقام الوصيّ شاهداً وكان امرأة أُلزم الورثة بالربع، ولو كان معها

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٦.

ولو أحاط الدين بالتركة لم يكن للوارث التصرّف في شيء منها إلّا بعد الأداء أو الإسقاط. وهل تكون التركة على حكم مال الميّت؟ الأقرب تعلّق الدين بها تعلّق الرهن، فالنماء للوارث،

أُخرى ثبت النصف، ومع الثالثة ثلاثة أرباع، ومع الرابعة الوصيّة جميعها، عملاً بصحيح محمّد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في وصيّة لم يشهدها إلّا امرأة فقضى أن تجاز شهادة الامرأة في ربع الوصيّة[1]. ومثله صحيح ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي؟ فقال: تجوز في ربع ما أوصى بحساب شهادتها[2].

والظاهر أنّ الأصحاب لا يختلفون في ذلك كما يظهر من عدّة مواضع، وما أدري لم تركوا التنبيه عليه في هذا المقام؟

فإذا ثبت هذا صحّ لنا أن نقول: إنّه إذا كان الشاهد الواحد رجلاً فإن لم نجز شهادته في النصف لكونه أولى من المرأة فلا أقلّ من أن نجيزها في الربع كالمرأة بل ربّما ندّعي أنّ ذلك من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى كالتأفيف، إلّا أنّ فيه أنّ ذلك ليس من دلالة اللفظ كما هو المختار في حجيّة مفهوم الموافقة، فليكن قياس أولويّة منقّحاً مناطه، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أحاط الدين بالتركة ... إلخ﴾

اتّفق الأصحاب على منع الوارث من التصرّف حينئذٍ إلّا بعد الأداء أو الإسقاط أو إذن الغرماء. وهذا الأخير تركه المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهل تكون التركة على حكم مال

(١ و٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٦١ ب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ١٥ و١٦.

وإن لم يحط كان الفاضل طلقاً. وعلى التقديرين المحاكمة للوارث على ما يدّعيه لمورّثه وعليه. ولو أقام شاهداً حلف هو دون الديّان، فإن امتنع فللديّان إحلاف الغريم فيبرأ منهم

الميّت ... إلخ﴾ هذه المسألة متكرّرة في أبواب الفقه منبثّة في مطاويه يذكرونها في المواريث في عدّة مواضع وفي الوصايا كذلك وفي الحجر والقضاء والفطرة، فلو أخذنا نستوعب جميع ما قال الفقيه الواحد في المصنّف الواحد لطال بنا المدى وبعدت الشقّة، وقد استوفينا الكلام فيها في المواريث في الخاتمة، فمن أراد الوقوف على أطراف المسألة فليرجع إليها. وقد اخترنا هناك أنّ التركة تبقى على حكم مال الميّت واستدللنا عليه بالكتاب وبالإجماع المنقول وبصحيح عبّاد بن صهيب وصحيح سليمان بن خالد، وأيّدناه بمؤيّدات كثيرة، ونقلنا عن «المسالك والكفاية والمفاتيح» أنّه قول الأكثر. وقلنا هناك: إنّه على القول بانتقالها إلى الورثة لا يكون تعلّق الدين بها تعلّق الرهن ولا كتعلّق الأرش برقبة الجاني بل هو تعلّق برأسه.

قوله: ﴿كان الفاضل طلقاً﴾ أي يكون للوارث التصرّف فيه متى شاء وتعلّق الدين بما يساويه منها تعلّق الرهن، وقد مرّ في الميراث خلافه وأنّ جميع التركة كالرهن، وقلنا: إنّ الحقّ التفصيل كما استمرّت عليه طريقة الناس.

قوله: ﴿وعلى التقديرين﴾ أي الإحاطة وعدمها.

قوله: ﴿على ما يدّعيه لمورّثه﴾ وكذا على ما يدّعى عليه.

قوله: ﴿حلف هو دون الديّان﴾ لانتقال التركة إليه.

قوله: ﴿فإن امتنع فللديّان إحلاف الغريم﴾ لتعلّق حقّهم بالتركة، ولعلّ الوارث لا يحلفه فيضيع حقّهم. والمراد أنّه امتنع من دون نكول.

لا من الوارث، فإن حلف الوارث بعد ذلك كان للديّان الأخذ من الوارث إن أخذ.

وهل يأخذون من الغريم؟ إشكال.

الفصل الثالث: المحلوف عليه

وإنّما يحلف على البتّ في فعل نفسه وغيره و نفي فعل نفسه أمّا نفي فعل غيره فيحلف على عدم العلم.

قوله: ﴿لا من الوارث﴾ لأنّ الديّان بمنزلة ورثة حلّفه بعضهم دون بعض.

قوله: ﴿إن أخذ﴾ أي يأخذون منه إن لم يكن مال آخر غيره.

قوله: ﴿وهل يأخذون من الغريم؟ إشكال﴾ من أنّه لمّا حلف لهم سقط حقّهم لقوله ﷺ: «من حلف له بالله فليرض»[1] فانحصر حقّ الاستيفاء للوارث ومن أنّه من التركة وهو الأقوى. قال في «الإيضاح[2]» أمّا إذا أقرّ الوارث أنّه غير مستحقّ فههنا تستوفي الغرماء قولاً واحداً.

وليعلم أنّه إذا لم يحلف الغريم للديّان جاء قول الشيخ[3] من الحبس حتّى الحلف أو الإقرار.

الفصل الثالث: المحلوف عليه

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإنّما يحلف على البتّ في فعل

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٢ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٣، وج١٦ ص ١٢٤ ب ٦ من أبواب الأيمان ح ١.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٣.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٤.

والضابط أنّ اليمين على العلم دائماً. ولا يجوز أن يحلف على الظنّ الغالب، فلا يحلّ له يمين البتّ بظنّ يحصل من قول عدل أو خطّ أو قرينة حال من نكول خصم وغيره.

نفسه ... إلخ﴾ هذا التفصيل ذكر أصحابنا، والمدار في الأُمور الأربعة على حصول العلم وعدمه. وخالف بعض العامة في ذلك، فعن ابن أبي ليلى أنّ الكلّ على البتّ[1]، وعن الشعبي والنخعي أنّ الكلّ على نفي العلم[2].

وليعلم أنّ الحلف على عدم العلم في نفي فعل الغير يرجع إلى الحلف على البتّ كما يأتي بيانه، فإن أراد ابن أبي ليلى ذلك كان موافقاً للأصحاب. ويلزم المولى الأردبيلي أن يكون موافقاً للشعبي والنخعي كما يأتي[3] حيث ذهب إلى أنّه كما لا يشترط في البيّنة الجزم والقطع إلى الآن بل يكفي الثبوت مع عدم العلم بالمزيل فكذلك اليمين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والضابط أنّ اليمين على العلم دائماً﴾ هذا أحسن ممّا وقع له في «الإرشاد[4]» تبعاً «للمبسوط[5] والشرائع[6]» وغيرهما حيث قالوا: إنّ اليمين على البتّ إلّا إذا كانت على نفي فعل الغير، إذ لا حاجة إلى هذا الاستثناء، لأنّه إذا حلف على عدم العلم فقد حلف على بتّ، لأنّه يعلم عدم علمه بفعل غيره كما يعلم أنّه ظانّ، وذلك ظاهر كما أشار إليه في «التحرير[7]». وهذا الضابط منطبق على المنكر والمدّعي إذا توجّهت عليه الدعوى.

والدليل على ما ذكرنا بعد الإجماع ـ على الظاهر المؤيّد بالاعتبار ـ خبر

(١ و٢) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ١١٨.
(٣) يأتي في ص ٣١٦.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٦.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٦.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٩.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٠.

الأخرس [١] فقد حلّفه على عدم ثبوت الحقّ لا على نفي العلم، وصحيح ابن أبي يعفور [٢] حيث قال: فحلف أن لا حقّ له قِبَله ذهب اليمين ... إلخ» وهو على البتّ في نفي الاستحقاق، وما تقدّم من الأخبار في أنّ اليمين على المدّعي مع البيّنة [على المدّعي] [٣] على الميّت فإنّها كانت على الثبوت. وهذا خاصّ بالمدّعي كما أنّ الخبرين الأوّلين مختصّان بالمنكر.

هذا إذا كان الحلف على فعل نفسه أو فعل غيره أو نفي فعل نفسه، وأمّا نفي فعل غيره فإنّما يحلف فيه على ما علمه، فإن علم عدم العلم حلف على ما يعلم وهو نفي العلم، وإن حصل له العلم بالنفي كما لعلّه يقع أحياناً حلف كما يحلف على نفي فعل نفسه، والأمر واضح.

وينتج من هذا الضابط أمران:

الأوّل: لو قال المنكر: ما أعلم ما تدّعيه عليّ ولا أحلف على عدمه بل أحلف على عدم علمي بثبوت حقّك في ذمّتي لا يكفي بل يؤخذ بالحقّ بمجرّد ذلك على القول بالقضاء بالنكول وبعد ردّ اليمين على المدّعي على القول الآخر. بل يحتمل قويّاً هنا عدم القضاء بالنكول وإن قيل به في غيره، فيجب حينئذٍ الردّ. بل احتمل بعض مشايخنا الاكتفاء في الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك، ولم أجد من وافقه على هذا الأخير سوى المولى الأردبيلي، قال في «المجمع»: إنّ الأصل عدم ثبوت الحقّ في ذمّته، وطريق ثبوته الشهود والفرض عدمها، ولم يثبت دليل على أنّ إنكار المدّعى عليه ودعوى عدم علمه بالحقّ وعدم حلفه على البتّ موجب لثبوت الحقّ في ذمّته أو موجب لردّ اليمين على المدّعي، قال: ويؤيّده عموم

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٢٢ ب ٣٣ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨٩ ج ٦ ص ٢٣١ ح ١٦.

(٣) الظاهر ما جعلناه بين المعقوفتين زائد.

قوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر» فإنّه يدلّ بظاهره على عدم اليمين على المدّعي، وأنّ يمين المنكر أعمّ من أن تكون على نفي المدّعى أو على نفي العلم به، إذ هو لا ينكر إلّا علمه. وأيضاً البيّنة ما تشهد بثبوت الحقّ على الجزم والقطع الآن بل أقصى ما تشهد به علمه بالثبوت مع عدم العلم بالمزيل، فينبغي أن تكون اليمين كذلك، إنتهى[1]. والأستاد الشريف ـ أدام الله سبحانه حراسته ـ وافقهما تارة وظهر منه التوقّف أُخرى.

ونحن نقول: الدليل الّذي لم يثبت عنده هو إجماعهم على هذا الضابط الّذي صرّح فيه بأنّه لا يكفي في فعل نفسه ونفي فعل نفسه عدم العلم وإجماعهم أنّ من شرط اليمين أن تكون مطابقة للدعوى أو الإنكار.

والمراد بالإنكار إنكار الحقّ المدّعى كما هو المتبادر من الأخبار. وقد صرّح فيه في خبر ابن أبي يعفور حيث قال: «فرضي بيمين المنكر لحقّه»[2] وغيره من الأخبار، وليس المراد منكر العلم جزماً، إذ القائل: لا أعلم، لا يقال له: منكر لغة وعرفاً، فهو إمّا مقرّ فيلزم بالحقّ كما هو ظاهر الأصحاب في هذا الضابط، وبه صرّحوا في باب الطلاق ـ كما ستسمع ـ وفي باب الوكالة فيما ادّعى أنّه وكيل فلان الغائب في تزويجه فلانة فعقد عليها له، ثمّ إنّ الغائب مات وادّعت ذلك على الورثة، وقالوا: لا ندري، ففي «جامع المقاصد[3]» إنّها تحلف وترث، أو لا مقرّ ولا منكر فيكون كالساكت، وقد علمت أنّهم فيه على ثلاثة أقوال: إمّا الحبس حتّى يقرّ أو ينكر فيحلف أو يردّ، وإمّا الضرب حتّى يأتي بأحدها، وإمّا جعل الحاكم له ناكلاً. هذا كلّه مضافاً إلى خبر الأخرس الّذي أخذ في تحليفه أنّه ليس له قبله حقّ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩٢.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٨ ـ ١٧٩ ب ٩ من أبواب كيفيّة الحكم ح ١ و٢.

(٣) جامع المقاصد: ج ٨ ص ٢٩٦.

ولا تبعة بأمر من الاُمور ـ كما علمت ـ لا على نفي العلم. ومثله خبر ابن أبي يعفور المتقدّم وأخبار الدعوى على الميّت. ويؤيده ما رواه الشيخ في «الخلاف[1]» أنّ رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال: قل: والله ما له عليّ حقّ. قال الشيخ: ولمّا كان على فعل نفسه حلّفه على البتّ، وبما علم من معنى المنكر من أنّه منكر الحقّ ـ إمّا لأنّه لغة وعرفاً كذلك أو عرفاً فقط عامّاً أو خاصّاً بأن يكون حقيقة شرعيّة كما نقله في «الإيضاح[2]» عن بعض ويأتي في عبارة المصنّف ما يشير إلى ذلك ـ يسقط الاستدلال بعموم الخبر.

وأمّا قوله: إنّ البيّنة ما تشهد بثبوت الحقّ على الجزم إلى الآن بل إنّما تشهد مع عدم العلم بالمزيل فمسلّم، لكنّ الشارع ما أمر بالحكم عليه بمجرّد ذلك بل جعل له إذا ادّعي المزيل كالإبراء والإيفاء أو الشراء أو نحو ذلك أن يقيم بيّنة بذلك أو يحلف المدّعي. ولا كذلك اليمين فإنّه لو أتى بعدها بما أتى لا يُسمع ولا يُقبل بل حجر عليه أن يأخذ من ماله بعد الحلف وإن علم أنّه كاذب، ولا كذلك البيّنة. إلّا أن تقول: إنّ اليمين على ضربين: يمين تُسقط الدعوى والحقّ ظاهراً في ذلك المجلس وغيره وهي ما ذكرت، وأُخرى تسقط الدعوى فقط في ذلك المجلس، فلو أتى بعد ذلك ببيّنة على ثبوت الحقّ سمعت فكانت كالبيّنة.

والجواب: أنّ هذه اليمين الّتي جعلتها كالبيّنة إن أردت أنّها كبيّنة المدّعي، فلا شكّ أنّه إذا أقام شاهداً واحداً أنّ هذا ملكه ولا يعلم المزيل لا يصحّ له أن يحلف كذلك قولاً واحداً بل لابدّ من الحلف في المدّعي على الجزم كما اعترف به الخصم، فظهر أنّ اليمين الّتي ذكرت إنّما تكون في نفي فعل الغير لامتناع العلم غالباً. وإن أردت أنّها كبيّنة المنكر إذا ادّعى الإبراء فمن المعلوم أنّ هذه اليمين ليست مثلها.

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٨ المسألة ٣٤.

(٢) لم نعثر عليه في الإيضاح.

فلو ادّعي عليه بإيداع أو ابتياع أو قرض أو جناية حلف على النفي. ولو ادّعي على مورّثه لم يتوجّه اليمين إلّا أن يدّعى عليه العلم فيحلف على نفيه فيقول: ما أعلم على مورّثي ديناً ولا أعلم منه إتلافاً وبيعاً.

ثمّ إنّه يلزمه في جعله اليمين كالبيّنة أنّ كلّ يمين تكون على نفي العلم، كالشعبي والنخعي. فالقول بقبول يمينه على عدم العلم ممّا لا يُسمع كما أنّ القول بالقضاء عليه من دون ردّ يمين قريب جدّاً، وأقرب منه الردّ إمّا منه أو من الحاكم لموافقته الاحتياط فتأمّل.

لكنّ الاُستاد أورد أنّه لو وافقنا ظاهر الأصحاب على هذا الضابط للزم مفاسد كثيرة، منها: إذا ادّعى على رجل أنّه أتلف شيئاً في زمان صغره أو نحو ذلك فإنّه يلزم بمجرّد الحقّ[1] ولا سيّما إذا كان المدّعي فاجراً لا يبالي باليمين إذا ردّت عليه ونحو ذلك، فتأمّل فيه جيّداً، لأنّ خبر الحضرمي مع امرئ القيس[2] وخبر بغلة الكاظم عليه السلام[3] حجّة عليه، فليتأمّل. وقد قالوا في باب الطلاق: إنّ الزوج لو ادّعى أنّ الطلاق متأخّر عن وضع الحمل فهي الآن في عدّة، وقالت الزوجة: لا أدري، أنّ له الرجعة ولا تقبل دعواها بل عليها الجزم أو النكول، لأنّ الشكّ لا يعارض الجزم. ومثل ذلك قالوا في العكس.

وأمّا الأمر الثاني فهو أنّه لا تسمع الدعوى بصورة الظنّ، لأنّه قد يردّ اليمين على المدّعي، وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً[4].

قوله: ﴿ولو ادّعي عليه ... إلى قوله: وهل يثبت﴾ هذان فرعان على

---

(١) كذا في النسخ، والعبارة ناقصة.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ ب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم و... ح ٧.

(٣) راجع من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٦٤ ح ٣٣٤٧.

(٤) تقدّم في ص ١٧٧.

وهل يثبت في نفي أرش الجناية عن العبد؟ إشكال.

الفرق بين فعل نفسه وفعل غيره، ففي الفرع الأوّل لابدّ أن يحلف على النفي بـتّاً وفي الثاني: لا يجب الحلف إلّا إذا ادّعي عليه العلم فيحلف على نفيه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهل تثبت في نفي أرش الجناية عن العبد؟ إشكال﴾ يريد أنّه لو ادّعي عليه أنّ عبده جنى جناية فهل تثبت اليمين على البتّ على المولى؟ إشكال من أنّه الغريم ومن أنّه فعل الغير. وهو الحقّ كما في «التحرير والدروس والمجمع» قال في «المسالك»: وربّما بُني الوجهان على أنّ أرش الجناية يتعلّق بمحض الرقبة أم يتعلّق بالرقبة والذمّة جميعاً حتّى يتبع بما فضل بعد العتق، فإن قلنا بالأوّل حلف على البتّ، لأنّه يحلف ويخاصم لنفسه، وإن قلنا بالثاني فعلى نفي العلم، لأنّ للعبد على هذا ذمّة.

وفيه: إنّ المخاصمة لنفسه لا توجب أن يكون فعله فعله، وإلّا فهذا الوارث يخاصم لنفسه ويحلف على نفي العلم.

وبقي هناك شيء، وهو ما إذا نكل عن الحلف فعلى الوجه الأوّل من الإشكال يلزمه الأرش بل ولو حلف على نفي العلم، لأنّ المتعيّن عليه الحلف على البتّ وقد نكل فيلزم بمجرّد ذلك أو تردّ اليمين على المدّعي. وعلى الثاني إنّما يلزم بالأرش مع البيّنة بل لو حلف على عدم العلم ثمّ جاء المدّعي ببيّنة اُلزم، بل لو اعترف العبد بذلك لم يلزم المولى إلّا ببيّنة نكل أو حلف، نعم يتبع به العبد بعد العتق كما عرفت سالفاً فتأمّل. أمّا إذا ادّعى العلم بالنفي حلف على البتّ ويلزم إن نكل بحلف المدّعى أو لا به على القولين.

ويجب البتّ في نفي الإتلاف عن بهيمته الّتي قصّر فيها بتسريحها. ولو قال: قبض وكيلك حلف على نفي العلم. ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق وإن نفى الدعوى على رأى.

قوله: ﴿ويجب البتّ في نفي الإتلاف عن بهيمته الّتي قصّر فيها بتسريحها﴾ كما في «التحرير[1]». وفي «الدروس» قال: على قول[2]، وفي «المجمع[3]» يحلف على نفي العلم. وعلى ما اختاره المصنّف فيكلّف الحلف على البتّ ويلزم بالحكم أو بردّ اليمين.

فإن قلت: هذا فعل غيره فينبغي الحلف على نفي العلم، إذ لا فرق في ذلك بين العبد والبهيمة.

قلت: نحن لم نعيّن عليه الحلف على البتّ بل إذا قطع حلف على البتّ وإلّا فليردّ ويغرّم وإلّا لضاع على صاحب المال حقّه. والعبد يخالف البهيمة من وجهين: الأوّل: إنّ البهيمة لا تضمن جنايتها إلّا مع التفريط بخلافه، وأنّها لعدم شعورها بمنزلة الآلة وفعلها بمنزلة فعل ذيها. الثاني: إنّ جناية العبد تتعلّق برقبته فإذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمة فإنّها إذا أتلفت بتفريط فإنّ المالك يضمن جنايتها ولا يتعلّق برقبتها. وبعدُ فالمسألة محلّ إشكال ولعلّ الظاهر أنّه لا حلف عليه ولا يحكم عليه إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة، فليتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويكفي مع الإنكار الحلف على نفي الاستحقاق وإن نفى الدعوى على رأي﴾ كما إذا ادّعي عليه الاقتراض فأنكره ثمّ حلف على عدم الاستحقاق، خلافاً للشيخ[4] حيث أوجب

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٠.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩١.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٦.

ولو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض انقلب مدّعياً والمدّعي منكراً، فيكفي المدّعي اليمين على بقاء الحقّ، وله أن يحلف على نفي ذلك ويكون آكد وليس لازماً.

وكلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه يتوجّه معه اليمين،

الحلف هنا على عدم الاقتراض. وقد تقدّم الكلام فيه مفصّلاً[1] وإنّما أعاده تمهيداً لما بعده.

قوله: ﴿فيكفي المدّعي اليمين على بقاء الحقّ﴾ هذا رتّبه على ذلك، ومراده أنّه إذا ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فأجاب المدّعي بأنّك ما أقبضتني ولا أبرأتك كفاه الحلف على بقاء الحقّ ولا يلزمه أن يحلف على نفي الإبراء والإقباض كما أجاب، وعلى مذهب الشيخ يلزمه ذلك، نعم لو حلف على نفي ذلك يكون آكد لمقابلته الدعوى صريحاً واحتمال بقاء الحقّ كأن يكون قد تحقّق إقباض أو إبراء فاسد أو حدث بعد ما شغل الذمّة، وفي «المسالك» نقل أنّ الشيخ وافق في هذه وجعل الحلف على النفي أحوط[2].

قوله: ﴿وكلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه يتوجّه معه اليمين﴾ ظاهر هذه العبارة عند التأمّل الصادق أنّ دعوى الحدود خارجة عن حقيقة الدعوى وإلّا لكان الواجب استثناؤها، فكانت الدعوى على هذه العبارة حقيقة شرعيّة أو عرفيّة خاصّة فيما عدا الحدود. والأُستاد ـ أدام الله حراسته ـ منع الحقيقة الشرعيّة والعرفيّة الخاصّة في الدعوى والمدّعي والمنكر، ولم يتّضح لديّ وجهه.

---

(١) تقدّم في ص ٢٧٧.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٩٠.

ويقضى على المنكر به مع النكول وردّ اليمين حتّى النسب والعتق والنكاح.

ولا يتوجّه اليمين على الوارث ما لم يدّع علمه بموت مورّثه وبحقّه وأنّه ترك مالاً في يده.

وقوله: ويتوجّه اليمين، شامل لما إذا كانت على المنكر أو المدّعي.

قوله: ﴿ويقضى على المنكر به﴾ أي بالإنكار مع النكول على المختار ومعه وردّ اليمين على ما يختار حتّى فيما ليس من المال في شيء كالنسب والعتق والنكاح والطلاق ونحوه ممّا لا يثبت إلّا بشاهدين ولا تثبت بشاهد ويمين، فلذا أتى «بحتّى» الدالّة على أنّ ما بعدها أبلغ ممّا قبلها. ووجه ثبوته أنّ اليمين المردودة إمّا كالبيّنة أو الإقرار وأيّاً ما كان من الشاهد واليمين وكذا النكول. وقد تقدّم أنّ المخالف بعض العامّة[1] حيث نفى في هذه اليمين.

قوله: ﴿ولا يتوجّه اليمين على الوارث﴾ ذكر هذا فيما مضى[2] وبيّن أن حكمه الحلف على نفي العلم وهنا أعاده لبيان أحكام اُخر، وهو أنّ الدعوى حينئذٍ لا يتحرّر إلّا بأُمور: أحدها أن يدّعى عليه العلم بموت مورّثه، وهذا لم يذكره سابقاً. والثاني: العلم بحقّه وهذا سلف. والثالث: إنّه ترك مالاً في يده. هذا كلّه بعد تعيين المدّعى به وتميزه على القول بعدم سماع الدعوى بالمجهول. ثمّ فرّع على ذلك قوله: فلو سلّم المدّعي جهل الوارث بأحدها لم يتوجّه عليه حقّ، وأراد بالحقّ أمرين: اليمين والمدّعى به، وذلك لعدم توجّه الدعوى عليه.

---

(١) تقدّم في ص ٢١١.

(٢) تقدّم في ص ٣١٨.

ولو سلّم المدّعي جهل الوارث بأحدها لم يتوجّه عليه حقّ. ويكفي في العلم بالموت أو الحقّ نفي العلم، وفي ادّعاء المال في يده البتّ.

قوله: ﴿ويكفي في العلم بالموت أو الحقّ نفي العلم وفي ادّعاء المال في يده البتّ﴾ هذا فرع آخر، والمراد أنّه إذا حرّر الدعوى بأن ادّعى الأُمور الثلاثة، فيكفي في جواب العلم بالموت أو الحقّ الحلف على نفي العلم، أمّا في الحقّ فظاهر، وأمّا في الموت فكذلك لأنّه شيء تعلّق بفعل الغير. ولو قيل بالتفصيل بين من كان حاضراً وبين من كان غايباً كان وجيهاً، فتأمّل. ولابدّ في ادّعاء ترك المال في يده البتّ كما في «الدروس[1] والإرشاد[2]» وقد تقدّم له[3] أنّه يكفي الحلف على نفي العلم بالحقّ وإنّما أعاده لمناسبة ما قبله وما بعده.

وفي «المجمع» قال: يمكن الاكتفاء بنفي العلم في ثبوت المال تحت يده في نفس الأمر، إذ يحتمل أن يكون في نفس الأمر تحت يده شيء من ماله وهو لا يعلمه[4].

قلت: هذا منه بناء على ما سلف له[5] من أنّه ادّعى مدّعٍ على آخر بمال فقال: لا أعلم، يكفيه الحلف على نفي العلم، وقد اتّضح لديك فساده. وما قرّبه الأُستاد ـ جعلني الله تعالى فداه ـ فيه تأمّل، كما يدلّ عليه خبر إمرئ القيس مع الحضرمي حيث وجّه النبي ﷺ اليمين على امرئ القيس فقال الحضرمي: يا رسول الله إنّه

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٥.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٦.
(٣ و ٥) تقدّما في ص ٣٢١.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٩٦.

والنيّة نيّة القاضي فلا يصحّ تورية الحالف ولا قوله: «إن شاء الله» في نفسه.

رجل فاجر لا يبالي ولا يتأثّم، فقال: ليس لك عليه إلّا اليمين[١]. وخبر حمّاد[٢] في فعل ابن هيّاج في بغلة الكاظم عليه السلام حيث إنّه لما ادّعى البغلة ثنى رجله [ونزل] عنها وساق إليه البغل.

ويبقى الكلام في شيء وهو أنّه إذا حرّر الدعوى وادّعى الأُمور الثلاثة وأنكر الوارث جميع ذلك هل يكفيه يمين واحد على الجميع أو لابدّ لكلّ واحد من يمين أو يكفي يمين واحدة على نفي أمر واحد؟ احتمالات أقواها الأخير، إذ لو انتفى أحدها كفى في ذلك كما علمت من عدم توجّه الدعوى بدون الأُمور الثلاثة، فليتأمّل.

قوله قدس الله تعالى روحه: ﴿والنيّة نيّة القاضي فلا تصحّ تورية الحالف ولا قوله: «إن شاء الله» في نفسه﴾ هذا ممّا لا خلاف فيه على الظاهر، بل لا ينبغي الريب فيه وإلّا لسقطت فائدة اليمين بالكلّية وضاعت الحقوق وتعطّلت الأحكام. ويدلّ عليه بعد ذلك الأخبار المنجبرة بفتوى الأصحاب كقوله صلى الله عليه وآله: «اليمين على ما يستحلف الطالب»[٣]. وقوله صلى الله عليه وآله: «إذا كان مظلوماً فعلى نيّة الحالف وإن كان ظالماً فعلى نيّة المستحلف»[٤]. وعنه صلى الله عليه وآله أنّه نهى أن يُلغز في الأيمان[٥].

وروي: أنّه سئل الصادق عليه السلام عمّا لا يجوز من النيّة على الإضمار في اليمين؟

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٧٢ ب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٧.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٤ ب ٢٤ من أبواب كيفية الحكم.
(٣ و ٤ و ٥) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٩٦ ح ٣٠١.

فقال: قد يجوز في موضع ولا يجوز في آخر، فأمّا ما يجوز فإذا كان مظلوماً فما حلف به ونوى اليمين فعلى نيّته، وأمّا إذا كان ظالماً فاليمين على نيّة المظلوم[١].

وهذه تشمل التورية وإضمار الاستثناء في نفسه، مضافاً إلى إجماع «السرائر[٢]» في كتاب الطلاق على أنّ الاستثناء بالمشيّة تبطل الحلف، وإلى ماورد في الاستثناء بخصوصه[٣] من أنّ الاستثناء يبطل الحلف.

قال في «المختلف[٤]»: فلو سمع الحاكم الاستثناء أعادها، فإن أسرّها لم ينفعه. وظاهره أنّه لو قال: «والله ما اقترضت إن شاء الله» أنّه يستعيدها، مع أنّه لا يتصوّر في مثل ذلك استثناء المشيّة. نعم ربّما يتصوّر في الحلف على نفي الاستحقاق. وكأنّه نظر إلى إطلاق النصّ، فلا فرق بين ما يتصوّر فيه التعليق وعدمه، ولا بين قصد التبرّك وعدمه كما هو المشهور. لكنّ المصنّف في كتاب الأيمان[٥] قصر منع الانعقاد على ما لا يعلم مشيّة الله تعالى فيه كالمباح دون الواجب والندب وترك الحرام. والظاهر أنّ الأصحاب جميعاً يخالفونه على ذلك، ونسبه في «الروضة[٦]» إلى الندرة.

وهذا ثابت في كلّ يمين كما هو ظاهر الأخبار وصريح فتوى الأصحاب. وينبغي التقييد بما إذا لم يكن مظلوماً ولا معسراً، قال في «الوسيلة[٧] والتحرير[٨]»: إذا كان معسراً جاز له أن يحلف أنّه لا يلزمه شيء ممّا ادّعى به عليه وينوي في الحال، انتهى. والمعسر مظلوم في المطالبة، فتشمله الأخبار.

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٦ ص ١٤٩ ب ٢٠ من أبواب اليمين ح ١.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ٦٩٥.
(٣) كنزالعمال: ج ١٦ ص ٧٠٢ ح ٤٦٤١٧.
(٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ١٧٢.
(٥) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٢٦٧.
(٦) الروضة البهية: ج ٣ ص ٥٣.
(٧) الوسيلة: ص ٢٢٧.
(٨) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٧٠.

ولو كان القاضي يعتقد ثبوت الشفعة مع الكثرة لم يكن لمعتقد نفيها الحلف على نفي اللزوم بتأويل اعتقاد نفسه بل إذا ألزمه القاضي صار لازماً ظاهراً، وعليه أن يحلف. وهل يلزمه باطناً؟ إشكال أقربه اللزوم إن كان مقلّداً لا مجتهداً.

وليعلم أنّ نيّة القاضي هي نيّة المدّعي أو المنكر، لكن لمّا كان المستحلف هو القاضي خصّه بالذكر.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان القاضي يعتقد ثبوت الشفعة مع الكثرة لم يكن لمعتقد نفيها الحلف ... إلخ﴾ يريد أنّه إذا باع أحد الشركاء داراً ونحوها ممّا يثبت فيه الشفعة فجاء أحد الشريكين الآخرين وادّعى على المشتري الشفعة، وكان المشتري ممّن لا يرى ثبوت الشفعة مع التعدّد، إمّا لأنّه مجتهد أو مقلّدُ مجتهدٍ لا يرى ذلك، فقال: لا يلزمني الشفعة، إذ لعلّي صالحت أو استوهبت أو نحو ذلك ممّا لا يلزمني فيه الشفعة، أو اقتصر على عدم اللزوم. فإذا أراد استحلافه القاضي لم يجز له الحلف على نفي اللزوم بتأويل عدم الشفعة في الكثرة عند المصنّف ـ طاب ثراه ـ هنا كما في «التحرير[1] والدروس[2]» وظاهر «الإيضاح[3]» لأنّ اليمين على ما يستحلف الطالب، فعليه أن يحلف على وفق اعتقاد القاضي، ولمّا تعذّر الحلف في هذا الفرض [لأنّه لا يصحّ له أن يحلف كاذباً][4] فإذا نكل وألزمه القاضي بالشفعة لنكوله أو بردّ اليمين صار

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧١.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٤.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٤.
(٤) لم يرد في الحجريّة، وفي نسخة: لأنّه لا يصحّ له الدعوى، وفي أُخرى بدل «لا يصحّ»: لا يصلح.

لازماً ظاهراً، لنفوذ حكم الحاكم عليه لكونه حينئذٍ رعيّة.

ومن هنا يظهر لك أنّ في عبارة المصنّف نوع حزازة، إذ إلزام القاضي له ظاهراً إنّما ينطبق على هذا الفرض الّذي فرضناه من البيع، لكن لا يتفرّع عليه الحلف على معتقد القاضي، وإذا فرضنا في المَثَل أنّه أخذه هبة تفرّع على ذلك أنّه يحلف باعتقاد القاضي ولكن لا يتفرّع عليه الإنكار والإلزام. ولعلّه أراد أنّه يلزم إذا كان أخذه بالبيع ويحلف على اعتقاد القاضي إذا أخذه بالهبة أو الصلح، فتأمّل. ولعلّه أراد بقوله: «إنّ عليه أن يحلف» كالتفسير للإلزام لمكان امتناع الحلف.

وخالف الشيخ في «المبسوط [1]» في باب الطلاق في مبحث الحيل حيث قال: إنّ الصحيح عندنا: أنّه يحلف على وفق اعتقاد نفسه، والكاتب أبو علي في خصوص المجتهد حيث قال ـ على ما نقل عنه [2]: ـ للمقضيّ عليه بتحليل حرام عنده أو تحريم حلال عليه أن يمتنع من تنفيذ حكم القاضي عليه ولا يمضيه على نفسه. وظاهره أعمّ من الظاهر والباطن.

هذا والتحقيق ما ذهب إليه الأُستاذ العلّامة ـ أدام الله تعالى حراسته ـ من أنّ كلّ ما كان من وظائف القاضي ومتعلّقاً به كتعديل الشهود وجرحهم والقضاء بمجرّد النكول أو به وبردّ اليمين، إلى غير ذلك ممّا يتعلّق به فيما يتعلّق بالخصمين إذا حضرا عنده يجب إنفاذه ويلزم قبوله على المجتهد والمقلّد.

فلو ادّعى رجل على مورث المجتهد بدين وأقام على ذلك بيّنته ثبت عند القاضي عدالتهم لأن كان ممّن يذهب إلى أنّ العدالة هي حسن الظاهر لا الملكة وحلّفه مع ذلك يميناً وجب على المجتهد الوارث أداء الحقّ والامتثال ظاهراً وباطناً وإن كان ممّن يعتقد أنّ العدالة هي الملكة، لأنّه حينئذٍ رعيّة له فيجب عليه

(١) المبسوط: ج ٥ ص ٩٧. (٢) الناقل فخر المحقّقين في الإيضاح: ج ٤ ص ٣٤٤.

ذلك كما يجب عليه الانقياد له والحضور عنده. وكذا إذا أنكر خصم المجتهد ونكل عن اليمين فردّ القاضي اليمين على المجتهد المدّعي وجب عليه أن يحلف وإن كان ممّن يذهب إلى القضاء بمجرّد النكول. وكذا الحلف فيما نحن فيه فإنّه لا يجوز له أن يحلف على معتقده، لأنّ الاستحلاف وظيفة للحاكم، فإمّا أن يحلف على معتقد الحاكم أو يلتزم بالحقّ وإن كان يعتقد أنّه مظلوم، لأنّه مظلوم في نظره وليس بمعلوم أنّه مظلوم في الواقع ... إلى غير ذلك.

وأمّا ما كان متعلّقاً بالفتوى وليس مختصّاً بالحاكم فإنّه يجب عليه الامتثال ظاهراً، لأن كان رعيّة في إمضاء الحاكم عليه والحكم من وظيفة القاضي، ولا يجب عليه الامتثال باطناً، لأنّه متعبّد بما يؤدّي إليه اجتهاده وليس في ذلك رعيّة لأحد، فيلتزم في المقام بالشفعة ظاهراً إذا ألزمه القاضي بها. وأمّا المقلّد فيجب عليه الامتثال ظاهراً وباطناً ولا سيّما إذا كان القاضي أعلم من غيره.

فإن قلت: للمقلّد أن يختار إذا تعدّد المجتهد.

قلت: هو مأمور بإنفاذ حكم القاضي، اللّهم إلّا أن يكون سبق بتقليد من هو أعلم من القاضي فوجهان أقواهما الالتزام ظاهراً وباطناً.

ومذهب الأُستاد منطبق على القواعد جارٍ على الضوابط يظهر منه كمال التحقيق فيتعيّن القول به، وهو عين ما رجّحه المصنّف، وذلك أنّه حظر على المنكر الحلف على نفي اللزوم بتأويل اعتقاده وألزمه بالحلف على وفق اعتقاد القاضي، وما ذاك إلّا لأنّ الاستحلاف من وظائف القاضي. وألزمه الشفعة ظاهراً لأن كانت من باب الحكم وهو أيضاً وظيفة القاضي، واستشكل في إلزامه باطناً من الأمر بإمضاء حكم الحاكم ومن ابتنائه على الاجتهاد المحتمل للخطأ. ثمّ إنّه قرّب اللزوم في حقّ المقلّد كما هو مختار الأُستاد لما ذكرنا من أنّ فرضه تقليد المجتهد

وهذا مجتهد، ومنع ذلك على المجتهد كما ذهب إليه الأُستاد لأن كان من باب الفتوى، لأنّه إنّما يتعبد بما أدّى إليه اجتهاده لأن كان راجحاً عنده والعدول إلى المرجوح قبيح عقلاً وعرفاً وشرعاً.

وهذا هو الّذي ينبغي أن يفهم عن عبارة المصنّف لكنّ مولانا الفاضل الهندي ـ قدّس الله تعالى روحه ـ فهم من قول المصنّف: «لا مجتهداً» أنّه يجوز له الحلف باعتقاده لأنّه مظلوم[1]. فلم يفرّق بين ما هو من وظائف القاضي وبين الفتوى مع أنّ المصنّف فرّق بين الأمرين كما عرفت، لأنّه أوّلاً منع عليه الحلف على معتقده وأوجب عليه الحلف على معتقد الحاكم من دون استشكال، ثم لمّا جاء إلى ما يتعلّق بالفتوى أوجب عليه الالتزام بحكم القاضي ظاهراً وقرّبه باطناً في المقلّد ومنعه في المجتهد باطناً. فقوله: «لا مجتهداً» صريح فيما يتعلّق بالفتوى ولا تعلّق له بما يتعلّق بالقاضي كما هو ظاهر عند التأمّل.

ثمّ إنّا نمنع على الفاضل أنّ كلّ مظلوم يجوز له أن يحلف ويورّي بل ذاك إنّما هو فيمن هو مظلوم في الواقع قطعاً، وهذا ليس مظلوماً في الواقع قطعاً وإنّما هو مظلوم في اجتهاده ومن الجائز أن يكون خطأ. فأقصى ما خرج بالإجماع المظلوم في الواقع قطعاً وبقي الباقي تحت عموم إنّ الحلف على نيّة الطالب وغيره من الأخبار السالفة والإجماع. فإن شئت وجهت المنع على صغراه أو على كبراه.

وقول المصنّف: «هل يلزمه باطناً؟» معناه ـ كما أشرنا إليه ـ أنّه هل يلزمه إمضاء حكم الحاكم بالشفعة باطناً؟ وليس المراد هل يلزمه الحلف باطناً، لأنّه لا معنى له أصلاً. ويدلّ على ذلك قوله أوّلاً: «بل إذا ألزمه القاضي الشفعة صار لازماً ظاهراً» حيث لم يقل: إذا ألزمه القاضي اليمين.

---

(١) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣١.

ثمّ إنّه يلزم على ما فهم الفاضل أن تكون عبارة المصنّف متناقضة، لأنّه أوّلاً قال: «وعليه أن يحلف على وفق اعتقاد القاضي» فلو أراد بقوله: «لا مجتهداً» أنّه يحلف على وفق اعتقاده لكان متناقضاً بحسب الظاهر أو عدول عن حكم إلى آخر من دون فاصلة أصلاً.

ولابدّ في المسألة من فضل تروّ وزيادة تأمّل ليظهر ذلك انطباق مذهب المصنّف على مذهب الأُستاد. وعبارة المصنّف هنا كعبارته في «التحرير[1]» بتفاوت يسير.

فقد تحصّل أنّ في المسألة مذاهب، ففي ما يتعلّق بالحاكم كالاستحلاف فيه مذهبان: فالشيخ قال: عندنا إنّه يحلف على اعتقاد نفسه، والمصنّف وولده والأُستاد على وفق اعتقاد الحاكم، وفيما يتعلّق بالفتوى ثلاثة مذاهب فالمصنّف وولده والأُستاد على أنّه إن كان مجتهداً أُلزم بالحكم ظاهراً لا باطناً، وإن كان مقلّداً أُلزم ظاهراً وباطناً، وأبو علي ظاهره أنّه لا يلتزم ظاهراً ولا باطناً إذا كان مجتهداً، وقد تقدّم نقل عبارته[2]. إلّا أنّه ربّما يقال: إنّ قوله: «ولا يمضيه على نفسه» ظاهر في إرادة الباطن فيكون موافقاً. والشهيد في «الدروس» على أنّه يمضي حكم الحاكم ظاهراً وباطناً على المجتهد والمقلّد. قال ما نصّه: ولو اختلف رأي الحاكم والحالف فالمعتبر الحاكم ظاهراً وباطناً وإن كان المحكوم عليه مجتهداً على الأقرب[3]. وفي قوله: «والحالف» إشارة إلى أنّه يجب عليه أن يحلف على وفق اعتقاد الحاكم، فيكون الشهيد فيما يتعلّق بالقاضي موافقاً للمصنّف ومخالفاً للشيخ.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧١.

(٢) تقدّم في ص ٣٢٧.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٤.

الفصل الرابع: في حكم اليمين

وهو انقطاع الخصومة أبداً لا براءة الذمّة، وليس للمدّعي بعد ذلك المطالبة ولا إقامة البيّنة وإن لم يعلم أنّ له بيّنة.

ولو قال: كذب شهودي بطلت البيّنة، والأقرب عدم بطلان الدعوى.

الفصل الرابع: في حكم اليمين

قوله: ﴿وإن لم يعلم أنّ له بيّنة﴾ تقدّم الكلام فيه[1] وبيان الخلاف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو قال: كذب شهودي بطلت البيّنة، والأقرب عدم بطلان الدعوى﴾.

هذا الّذي قال: «كذب شهودي» إمّا أن يكون شهوده قالوا: نشهد أنّه أقرضه أو باعه، ومثله نعلم أو كان بمحضر منّا، وإمّا أن يكونوا اقتصروا على قولهم: أقرضه أو باعه. ولا يخلو هو إمّا أن يكون قصد بقوله: «كذب شهودي» في نفس الخبر أو في الشهادة أو لم يعلم قصده وإنّما أطلق، فإن علم قصده بأنّ مراده في نفس الخبر، فلا كلام في بطلان الدعوى والبيّنة، سواء قال الشهود: «نشهد» أو اقتصروا على «أقرضه» وإن علم أنّ مراده كذبوا في الشهادة فقط فلا كلام في بطلان البيّنة دون الدعوى، سواء اقتصروا على قولهم: «أقرضه» كما هو الظاهر لكونه في معرض الشهادة، أو صرّحوا بقولهم: «نشهد» و«نعلم» ونحوه، لكنّ هذا لا يبتني على مذهب الجاحظ المثبت للواسطة القائل بأنّ الخبر إمّا مطابق للواقع أم لا، وكلّ منهما إمّا مع اعتقاد أنّه مطابق أو أنّه غير مطابق أو بدون اعتقاد، وإنّما يبتني على مذهب النظّام

---

(١) تقدّم في ص ٢٠٠.

القائل بأنّ صدق الخبر وكذبه مطابقته لاعتقاد المخبر وعدمها، فيكون كذبهم باعتبار أنّه لم يطابق اعتقادهم فيلزم جرحهم أو على المشهور باعتبار تسمية هذا شهادة، إذ الشهادة عن علم وهؤلاء إنّما شهدوا عن ظنّ أو سهواً، لكن قد يقال: إنّ مثل هذا يكون غلطاً في إطلاق اللفظ لا كذباً، لأنّه يتعلّق بالخبر. وقد يجاب بأنّ تسمية هذا شهادة ينحلّ إلى قولهم: هذا مسمّى بالشهادة أي من جزئيّاتها، وإمّا باعتبار الشهادة نفسها المستفادة من قولهم: «نشهد» باعتبار أنّه خبر غير مطابق للواقع كما قيل في قوله تعالى: ﴿والله يشهد إنّ المنافقين لكاذبون﴾ وهذا يخصّ ما إذا قالوا: نشهد ونعلم ونحوه ولا يشمل ما إذا قالوا: «أقرضه» إلّا بتكلّف. وفيه نظر لأنّ «نشهد» إنشاء للشهادة لا إخبار.

وممّا ذكر يعلم حال ما إذا أطلق ولم يعلم قصده، لأنّه لا يعدو ما ذكرنا. والمصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ حكم ببطلان البيّنة وقرّب عدم بطلان الدعوى، فيحمل على ما إذا أطلق، لأنّه يحتمل أنّه أراد الكذب في الشهادة بالتقريب الّذي ذكرناه. ويحتمل أنّه أراد الكذب في الخبر والمعلوم منه ادّعاء صدق خبره فيندفع المحتمل بالمعلوم. وبعبارة اُخرى: إنّ كذب الشاهدين أعمّ من كذب الدعوى وعدم العامّ لا يستلزم عدم الخاصّ ولابدّ من تخصيصه ـ أي كلام المصنّف ـ بما إذا لم يقتصروا على قولهم: «أقرضه» أمّا إذا اقتصروا على ذلك فالوجه بطلان الدعوى. ولا يصحّ حمل كلامه على ما إذا علم قصده من الكذب في الشهادة فقط، لأنّه حينئذٍ ينبغي الجزم بعدم بطلان الدعوى، لا أنّ ذلك أقرب. ومن المعلوم عدم صحّة حمله على ما إذا علم إرادة الكذب في الخبر، لأنّه حينئذٍ يجزم ببطلان الدعوى والبيّنة، فتعيّن الحمل على ما ذكرنا وتخصيصه بما قلنا.

هذا إذا جرينا في ذلك على ما يفهم من اللفظ بحسب النظر، وإن جرينا على

وحينئذٍ لو ادّعى الخصم إقراره بكذبهم وأقام شاهداً لم يكن له أن يحلف ليسقط البيّنة، لأنّ مقصوده الطعن، وإن قلنا: تبطل، جاز الحلف لإسقاط الدعوى بالمال.

ولوقال:حلّفني مرّة فليحلف علىأنّه ما حلّف سُمع على إشكال.

ما يفهم عرفاً فالواجب الحكم ببطلان البيّنة والدعوى مطلقاً، لأنّ أهل العرف يفهمون من الكذب في الشهادة عدم مطابقة مضمونها لما في نفس الأمر والواقع، فالوجه حينئذٍ الحكم عند الإطلاق ببطلان البيّنة والدعوى، فليتأمّل.

قوله: ﴿وحينئذٍ فلو ادّعى الخصم﴾ يريد أنّه حين أنّه لم تبطل الدعوى بالتكذيب لو ادّعى الخصم إقراره بكذبهم وأقام شاهداً واحداً لم يكن للخصم أن يحلّفه على عدم إقراره بكذبهم ليسقط البيّنة، لأنّ مقصوده الطعن فيها لا المال، ثمّ الطعن لا يثبت بالشاهد واليمين.

فإن قلت: المقصود من ذلك المال، لأنّ الطعن يوقف الحكم، قلنا: معنى ما يقصد به المال ما كان سبباً في وجوده لا في الحكم به ولا ما يوقفه، نعم إن قلنا ببطلان الدعوى جاز الحلف لإسقاط الدعوى بالمال.

قوله: ﴿سُمع على إشكال﴾ من أنّه لو اعترف أنّه حلّفه لم يجز أن يحلّفه مرّة أُخرى وتسقط عنه الدعوى فكان بمنزلة قوله: «أبرأني» ففي الصورتين دعوى تسقط دعوى المدّعي، ومن أنّه ليس بحقّ مالي ويفضي إلى التسلسل، لأنّه قد يجيبه بما ذكره المصنّف، فيقول: إنّه حلّفني مرّة على أنّي ما حلّفته فليحلف أنّه ما حلّفني، فيقول الآخر عين هذه العبارة ... وهكذا.

وقد يقال: إنّها تسمع إلى الثالثة دون ما بعدها كما نقل السيّد عميدالدين ذلك

فلو أجابه بأنّه حلّفني مرّة على أنّي ما أحلفته فليحلف أنّه ما حلّفني لم تُسمع، للتسلسل.

ولو قدر المدّعي على انتزاع عينه من يد خصمه فله ذلك ولو قهراً بمساعدة الظالم ما لم يثر فتنة وإن لم يأذن الحاكم.

عن المصنّف كما يفهم من «حاشيته[١]» ولعلّ السرّ في ذلك أنّ الشارع أناط بالثلاثة أحكاماً كثيرة تقدّمت الإشارة إليها، على أنّه بعد الثلاثة ربّما ظهر للحاكم كذبها في ذلك فليتأمّل، لكن يبقى معرفة المراد من الثالثة هل هي ثالثة المنكر أو ثالثة المدّعي؟ الظاهر أنّها ثالثة المنكر لأنّه يصل إلى الثالثة قبل المدّعي، بل ربّما احتمل بعض الناس السماع أبداً، وهو مختار الأردبيلي[٢]. والقول بأنّه ليس بحقّ مالي كما في حاشية الفاضل العميدي[٣] في بيان الوجه الثاني، فيه نظر يعرف وجهه من ملاحظة الأوّل من الإشكال.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ما لم يثر فتنة وإن لم يأذن الحاكم﴾ قيّد بعدم إثارة الفتنة كما في «الشرائع[٤] والدروس[٥]» وقال في «الإرشاد»: مع انتفاء الضرر[٦]. وقال في «المجمع»: ما لم يحصل معه أمر غير مشروع كنقب داره والتصرّف في ماله وضربه وشتمه، ثمّ بعد ذلك جوّز التصرّف في ماله بغير إذنه مثل دخول داره بشرط عدم تضرّره بهتك عرضه[٧].

ونحن نقول: الحقّ ما ذكره المصنّف من عدم إثارة الفتنة. والمراد بالفتنة الفتنة المؤدّية إلى الجناية على النفوس أو الأطراف أو إتلاف الأموال، وبالجملة

(١ و٣) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٩٧.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٣٨.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٨.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.
(٦) ارشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٢.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٩٧ ـ ٩٨.

ولو كان حقّه ديناً فإن كان الغريم مقرّاً باذلاً لم يستقلّ بالأخذ من دون إذنه، لأنّ له الخيار في جهة القضاء.

فإن امتنع استقلّ الحاكم دونه أيضاً.

ما يستلزم إلقاء العداوة بين القبائل ممّا لا يكون الضرر خاصّاً به بل شاملاً له ولغيره. أمّا ما استلزم تمزيق ثياب أو ضرباً أو شتماً أو كسر قفل أو باب أو نحو ذلك وإن عظم ممّا لا يثير فتنة إمّا لعدم الثائر له أو لعلمه بأنّ ذلك ممّا لا يثير في الواقع، فإنّه يجوز الانتزاع وإن أدّى إلى ذلك، لأنّه هو الّذي أدخل ذلك على نفسه. ولا فرق في ذلك بين أن يكون أذن له الحاكم أم لم يأذن، ولا بين أن لا يكون رفعه إليه أو رفعه، ثبت عنده أم لم يثبت.

قوله: ﴿من دون إذنه﴾ أي إذن الغريم. ولا يجوز للحاكم أن يأذن له أن يأخذ كذلك، فقول الفاضل الشارح: وإن أذن له الحاكم[1] لم يظهر لي وجهه، ولعلّه من باب التعليق على المحال.

قوله: ﴿استقلّ الحاكم﴾ أي بالأخذ من دون المدّعي، لأنّ له الولاية العامّة. ولابدّ من تقييده بما إذا أقرّ الغريم عند الحاكم، وإلّا استقلّ المدّعي دونه، للأصل. ومثل ذلك ما لو كان المدّعى عقوبة فإنّه يقف الاستيفاء على إذن الحاكم.

وقوله: «أيضاً» إشارة إلى أنّه كما أنّ المدّعي لا يستقلّ في صورة إقرار الغريم لايستقلّ في صورة امتناعه. وعبارة المصنّف هنا أحسن من عبارة «الشرائع».

---

(١) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٣.

ولو كان جاحداً وله بيّنة تثبت عند الحاكم وأمكن الوصول إليه فالأقرب جواز الأخذ من دون إذن الحاكم. ولو لم تكن بيّنة أو تعذّر الوصول إلى الحاكم ووجد الغريم من جنس ماله استقلّ بالأخذ.

قوله: ﴿ولو كان جاحداً ... إلى قوله: والأقرب جواز الأخذ من دون إذن الحاكم﴾ كما في «المبسوط[1] والخلاف[2] والتهذيب[3] والنهاية[4] والشرائع[5] والإرشاد[6] وغاية المراد[7] والدروس[8] والمسالك[9] والمجمع[10] والكفاية[11]» ونقله عن الكيدري في «غاية المراد[12]». وهو ظاهر العميدي في «كنز الفوائد[13]» ومذهب الأكثر كما في «المسالك[14] وشرح الفاضل[15]» والأشهر كما في «الكفاية[16]».

وخالف في «الإيضاح[17] والنافع[18]» وظاهر «كشف الرموز[19]» وتردّد في «التحرير[20]».

لنا الأصل، وقوله جلّ ذكره: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[21]، ﴿فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[22] مع ما في الرفع من المشقّة.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٣١١.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٣٥٥ المسألة ٢٨.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ ج ٦ ص ٣٤٩.
(٤) النهاية: ص ٣٠٧.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٨.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.
(٧) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٢.
(٨) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.
(٩ و ١٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٠.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٩٨.
(١١) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٢.
(١٢) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٢.
(١٣) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٩٧.
(١٥) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٣.
(١٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٣.
(١٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٦.
(١٨) المختصر النافع: ص ٢٧٦.
(١٩) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠٥.
(٢٠) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٣.
(٢١) البقرة: ١٩٤.
(٢٢) النحل: ١٢٦.

وربّما قيل: ولما فيه من جرح الشهود[1]. وفيه نظر واضح، لأنّه إذا جرح شهوده جاز له حينئذٍ الأخذ من دون إذن، لأنّه يكون غير متمكّن.

ولقول النبيّ ﷺ لهند لمّا شكت إليه بخل أبي سفيان وامتناعه: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[2] وقوله: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته وعرضه»[3] فتأمّل في دلالة هذا الخبر.

وقول الصادق عليه السلام في خبر جميل حيث سأله عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الّذي جحده أ يأخذ وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم[4]. فقد دلّت بإطلاقها على جواز الأخذ مع الجحود بدون تقييد بعدم إمكان الرفع إلى الحاكم، ووجود علي بن حديد لا يضرّ، لأنّه لم يثبت عندنا ضعفه، لأنّ «النجاشي[5]» لم يرمه بشيء، سلّمنا ولكنّه منجبر بالشهرة كما علمت.

وصحيح داود الزربيّ حيث قال: إنّي اُعامل قوماً فربّما أخذوا منّي الجارية والدابّة فذهبوا بها منّي ثمّ يدور لهم المال عندي؟ فقال له أبوالحسن عليه السلام: «خذ منهم بقدر ما أخذوا منك»[6] وظاهرها أنّ ذلك مع الجحود لمكان قوله: «فذهبوا بها منّي» سلّمنا ولكنّها مقيّدة بخبر جميل. ومثلها في عدم التصريح بالجحود رواية علي بن مهزيار[7].

---

(١) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٣.
(٢) صحيح مسلم: ج ٣ ص ١٣٣٨ ح ٧، ومسند أحمد: ج ٦ ص ٥٠.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٩٠ ب ٨ من أبواب الدين والقرض ح ٤.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٥ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١٠.
(٥) رجال النجاشي: ص ٢٧٤ برقم ٧١٧.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠١ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٤ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٨.

وما رواه الشيخ[١] وثقة الإسلام[٢] والصدوق[٣] عن إبراهيم بن عبدالحميد عن خضر النخعي عن أبي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ منه، وإن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه. وقوله عليه السلام: «على حقّه» ليس ظاهراً في المطلوب فلتأخذ مؤيّداً. ونقلها في «المختلف[٤]» في غير هذه المسألة عن إبراهيم بن عبدالحميد النخعي. وهو وهم من قلمه الشريف، فإنّه ليس بالنخعي، والنخعي هو خضر بن عمرو، وهو موجود في «الكافي والفقيه» ونسختين من «التهذيب والوسائل» وفي أكثر نسخ «التهذيب» عن النخعي، ولو لا الطبقة لانصرف إلى أيّوب بن نوح، لأنّه أشهر من غيره بذلك، فبمعونة التقييد فيما ذكرنا والطبقة يتعيّن خضر بن عمرو النخعي صاحب النوادر وروايته إبراهيم بن عبدالحميد وإن كان من رجال الصادق عليه السلام لكنّه أدرك الرضا عليه السلام.

هذا، والظاهر أنّه لابدّ لمن أخذ كذلك أن يقول: اللّهمّ إنّي إنّما آخذ هذا مكان مالي الّذي أخذ منّي ولم آخذ خيانة ولا ظلماً، كما في روايتي أبي بكر الحضرمي[٥] وهو عبدالله بن محمّد، حيث صرّح فيهما بذلك مع تفاوت يسير، وصرّح فيهما أيضاً بالجحود وأنّه وقع في يده مال مثل المال الّذي ذهب منه، فكانتا من أمتن أدلّة المسألة. ولا يضرّ عدم توثيق أبي بكر، لأنّ كان إمام جماعة في الصلاة وذكر ذلك للإمام عليه السلام ولم ينكر وذكر له أحكام الجماعة، على أنّ ابن أبي داود نقل توثيقه عن «الكشيّ» والأستاد مولانا ملّا محمّدباقر ـ أدام الله تعالى حراسته ـ نقل عن المولى الأردبيلي ـ رحمه الله تعالى ـ وصف حديثه بالصحّة، وهو كثير الرواية

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٨٩ ج ٦ ص ٢٣١ ح ١٧.

(٢) الكافي: ج ٧ ص ٤١٨ ح ٢.

(٣) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٨٥ ح ١٧.

(٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٧.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٣ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ و٥.

جداً. فتكون هاتان مقيّدتين لإطلاق تلك الروايات فيجب العمل بهما.

فإن قلت: لعلّ ذلك محمول على الاستحباب وإلّا لما خلا عن ذلك كلام الأصحاب.

قلت: الحمل على الاستحباب يسدّ باب التقييد كما قرّر في فنّه، ولانسلّم عدمه في كلام الأصحاب، هذا الصدوق في «الفقيه[1]» والشيخ في «التهذيب[2]» صرّحا به، قالا: «جاز له أن يأخذ» بعد الكلمات الّتي ذكرناها. نعم وجدت في خبر آخر[3] عن أبي بكر الحضرميّ على الظاهر: إن استحلفه على ما أخذ منه فجائز أن يحلف إذا قال هذه الكلمة. فيكون على هذا الخبر أنّ الدعاء مقيّد بما إذا عزم أن يحلف الآخذ إذا حلّفه الغريم، فلعلّ الأصحاب تركوا ذكر الدعاء عملاً بهذا الخبر، وحينئذٍ يتوجّه عليهم ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ أنّه كان الواجب أن ينبّهوا على هذا الفرع الّذي تمسّ الحاجة إليه. ولا ينفع مع هذه الأخبار الثلاثة المعتبرة التمسّك بالأصل، إلّا أن يكون هناك إجماع لم نجده، مضافاً إلى أنّ الصدوق والشيخ صرّحا بذلك، فينبغي تقييد كلامهما بما إذا ظنّ أنّه يحلّفه كما هو الغالب، فتأمّل.

فإن قلت: ما تصنع برواية عبد الله بن مسكان ورواية سيف بن عميرة عن أبي بكر الحضرميّ، قال قلت: رجل لي عليه دراهم فجحدني فحلف عليها أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقّي؟ قال: نعم ولهذا كلام. قلت: وما هو؟ قال: تقول: اللّهمّ إنّي لم آخذه ظلماً ولا خيانة وإنّما أخذته مكان مالي

---

(١) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٨٦ ح ٣٦٩٩ و ٣٧٠٠.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٨١ ج ٦ ص ١٩٧ ح ٦٤.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٤ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٦.

الّذي أخذه منّي ولم أزدد شيئاً عليه؟[١]

قلت: الجواب عن ذلك أنّ الحلف وقع منه من دون أن يحلّفه صاحب الحقّ عند الحاكم كما يشير إليه قوله: «فحلف» ولم يقل: «استحلفته». ويدلّ على هذا الحمل أنّ الإجماع منعقد والأخبار مستفيضة على أنّه لا يجوز له الأخذ بعد الاستحلاف كما مرّ تحقيقه. فكانت الروايتان حجّة لنا على أصل المسألة وفرعها، على أنّا لنا أن نحتجّ ببعض ونترك الآخر، وإلّا فما نصنع بما يرويه الراوي الواحد من الروايات المختلفة، وقد حرّر ذلك في محلّه. وإن أبيت عن ذلك فنقول: هما مضمرتان فلا تعادلان غيرهما فتطرحان، وفي غيرهما بلاغ. ولو لا الإجماع معلوماً ومنقولاً لأمكن ابقاؤهما على ما يظهر منهما من جواز الأخذ مع الاستحلاف إذا قال هذا الدعاء وعدمه مع عدمه وحصل الجمع بين الأخبار، إلّا أن تقول: إنّ هاتين لا تقوى على تقييد تلك الأخبار الصحيحة والمعتبرة المستفيضة.

إذا تقرّر هذا، عرفت أنّ هذه الأدلّة كما تنهض على ما نحن فيه تنهض على ما إذا لم يكن له بيّنة أو تعذّر الوصول إلى الحاكم ووجد الغريم من جنس ماله كما أشار إليه المصنّف، بل الأصحاب لا يختلفون في هذين، كما أنّهم يختلفون في جواز أخذ المثل إذا كان مثليّاً كما أفصحت به روايات الحضرمي إن وقع في يده، وإلّا فالقيمة كما يأتي[٢].

وخالف أبو حنيفة فلم يجزه إلّا في النقود[٣].

احتجّ الحلبيّون[٤] الثلاثة بأنّ التسلّط على مال الغير على خلاف الأصل فيقتصر على موضع الضرورة وهي هنا منفيّة، لأنّه يمكن أن يأخذ بحكم من له الولاية فلا

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٤ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٥.

(٢) سيأتي في ص ٣٤٧.

(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ٤١٣.

(٤) في الحجريّة: الحلّيون.

ولو كان المال عنده وديعة ففي الأخذ خلاف أقربه الكراهيّة.

يجوز تعدّيه. قال في «الإيضاح»: لأنّه كلّ ما كان المالك أو من قام مقامه باذلاً له لم يجز له الأخذ من دونه والمقدّم هنا ثابت فالتالي مثله، والملازمة إجماعيّة، وثبوت المقدّم ظاهر، لأنّ الحاكم قائم مقام المالك [1].

والجواب أنّ الأصل مقطوع بالأدلّة ومعارض بمثله كما عرفت، ونمنع ثبوت المقدّم على البتّ حتّى يكون استثناؤه ينتج عين التالي كما هو الشرط في كلّ استثنائي. وسند المنع أنّه قد يجرح الخصم الشهود فلا يكون الحاكم باذلاً فيضيع الحقّ، فالاستناد في ثبوت المقدّم إلى قيام الحاكم مقام المالك لم يصادف محلّه، إذ المدار على البذل لا القيام كما هو ظاهر. أو نقول: لا نسلّم ثبوت الملازمة على الإطلاق بل إذا لم يكن هناك مشقّة ولا ضرر، وإلّا فلو بذل المالك له بعد سنة أو أزيد أو في بلد ناءٍ عنه بحيث يحصل له مشقّة وحرج يلزم على هذه الملازمة أن لايجوز له الأخذ مع أنّكم لا تقولون به. فالقياس الصحيح هكذا: كلّ ما كان المالك أو من قام مقامه باذلاً بيقين من دون مشقّة لم يجز الأخذ، وأنّى لك بهذا في المقام؟

وليعلم: أنّ هذا القول لو لا الأخبار وفهم الأصحاب لكان قويّاً جدّاً لأن كان موافقاً للقواعد والأصول.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان المال عنده وديعة ففي الأخذ خلاف أقربه الكراهة﴾ كما في «الإستبصار [2] والسرائر [3] والشرائع [4]

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٦.
(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٥٣ ذيل ح ٦.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ٣٦ ـ ٣٧.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٩.

والإيضاح[١] وكنز الفوائد[٢] والإرشاد[٣] والتحرير[٤] والروضة[٥] والمسالك[٦] والكفاية[٧]» وغيرها. وهو مذهب أكثر المتأخّرين كما في «المسالك[٨] والكفاية[٩] وشرح الفاضل[١٠]». وخلافاً «للنهاية[١١] والغنية[١٢] والمجمع[١٣]» وهو المنقول عن الكيدري والقاضي[١٤]. وفي «الدروس» قال: والمرويّ عدم جواز الأخذ، وحُمل على الكراهة[١٥]. وظاهره التوقّف. ونحوه «الروضة[١٦]».

لنا على المختار صحيح أبي العبّاس البقباق أنّ شهاباً ماراه في رجل ذهب له ألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العبّاس فقلت له: خذها مكان الألف الّذي أخذ منك، فأبى شهاب، فدخل على أبي عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك. فقال: أمّا أنا فأُحبّ أن يأخذ ويحلف[١٧].

قال الشهيد: إنّ هذا الخبر يدلّ على الجواز من غير كراهة، لأنّه عليه السلام لا يحبّ المكروه[١٨].

قلت: قد يحبّ الإمام عليه السلام المكروه لعارض، أو نقول: معناه أنّ الأولى له أن يأخذ ويحلف على عدم الاستحقاق، لأنّ ذلك هو المكلّف به. وهذا حجّة على الشيخ حيث ذهب فيما مضى أن يكون الحلف خاصّاً إذا كان الإنكار خاصّاً، إلّا

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧. (٢) كنزالفوائد: ج ٣ ص ٤٩٨.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣. (٤) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.
(٥) الروضة البهية: ج ٣ ص ٢٤٢. (٦ و٨) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧١.
(٧ و٩) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٣. (١٠) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٣.
(١١) النهاية: ص ٣٠٧. (١٢) غنية النزوع: ص ٢٤٠.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٠٧ ـ ١٠٩.
(١٤) الناقل هو الشهيد في غاية المراد: ج ٤ ص ٢٥.
(١٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٦. (١٦) الروضة البهية: ج ٣ ص ٢٤٢.
(١٧) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٢ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٢، فيه: أن تأخذ وتحلف.
(١٨) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٤.

أن تقول: يحلف على عدم الاستيداع مورّياً. وهذه الرواية لم يصفها بالصحّة في «غاية المراد» مع أنّها صحيحة.

وما رواه الشيخ في «التهذيب[1]» بطريقه وهو صحيح إلى محمّد بن الحسن الصفّار عن محمّد بن عيسى عن علي بن سليمان، وفي «الإستبصار» بدل «عيسى» «يحيى» قال: كتب: رجل غصب رجلاً مالاً أو جارية، ثمّ وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانه وغصبه، أيحلّ له حبسه عليه؟ فكتبعليه السلام: نعم يحلّ له ذلك إذا كان بقدر حقّه فيأخذ منه ما كان عليه ثمّ يسلّم الباقي إليه[2].

قال في «المجمع[3]»: علي بن سليمان ليس إلّا واحداً، وهو ممّن له اتّصال بصاحب الأمر ـ عجّل الله تعالى فرجه ـ فنقل محمّد بن عيسى عنه غير معقول، لأنّه من رجال الصادقعليه السلام.

قلت: لا نسلّم أنّه واحد، هذا علي بن سليمان بن رشيد البغدادي من رجال الهاديعليه السلام وعلي بن سليمان بن داود الرقّيّ من أصحاب العسكريعليه السلام، ولا نسلّم أنّ محمّد بن عيسى أشعريّاً كان أم عبيديّاً من رجال الصادقعليه السلام وإنّما هما من رجال الرضا والجواد والهادي والعسكريعليهم السلام.

وما رواه علي بن مهزيار قال: أخبرني إسحاق بن إبراهيم أنّ موسى ابن عبدالملك كتب إلى أبي جعفرعليه السلام فسأله عن رجل دفع إليه مالاً ليفرّقه في وجوه البرّ، فلم يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الّذي أمره به وقد كان له عليه مال بقدر هذا المال، فقال: هل يجوز لي أن أقبض مالي أو أردّ عليه؟ فكتب: اقتصّ مالك ممّا في يدك[4].

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٣ ج ٦ ص ٣٤٩ ح ١٠٦.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٥٣ ح ٧.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٠٤.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٤ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٨.

وإسحاق بن إبراهيم هو الحضينيّ الوكيل المقبول الرواية، وموسى بن عبدالملك لا عبرة به في السند، لأنّ الناقل إسحاق على البتّ، فالرواية مقبولة قويّة معتبرة.

وعموم خبر عبدالله بن مسكان، حيث قال: أيجوز لي إن وقع له قبلي دراهم أن آخذ منه بقدر حقّي؟ فقال: نعم[١]. وعموم رواية داود[٢] وروايتي الحضرميّ[٣] ورواية جميل[٤] وغيرها ممّا دلّ بعمومه على ما نحن فيه. فقوله في «غاية المراد[٥]»: وترك الاستفصال يدلّ على العموم، لم يظهر لي وجهه، لأنّه استدلّ أوّلاً بخبر البقباق ثمّ بعد ذلك قال: الأصحّ الجواز ثمّ ذكر خبر جميل ورواية الحضرمي وقال: ترك الاستفصال يدلّ على عموم المقال مع أنّ هاتين الروايتين عامّتان.

إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ هذه الأخبار تدلّ على الجواز من غير كراهة وفيها الصحيح ـ كما عرفت ـ والمعتبر أو المنجبر بفتوى أكثر الأصحاب.

وأمّا الكراهة: فجاءت من نصوص النهي عن الخيانة، كقوله عزّ من قائل: ﴿فليؤدّ الّذي اؤتمن أمانته﴾[٦] ﴿إنّ الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها﴾[٧].

وقول الصادق عليه السلام في خبر عبد الله بن إسماعيل: أدّ الأمانة لمن ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو إلى قاتل الحسين عليه السلام[٨].

وخبر معاوية بن عمّار سأله عليه السلام عن الرجل يكون له عليه حقّ فيجحده ثمّ يستودعه مالاً أله أن يأخذ ممّا بيده؟ قال: لا هذه الخيانة[٩].

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٣ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠١ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٣ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٤ و٥.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٥ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١٠.
(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٦. (٦) البقرة: ٢٨٣. (٧) النساء: ٥٨.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٢٢ ب ٢ من أحكام الوديعة ح ٤.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٥ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١١.

وخبر ابن أخي فضيل بن يسار قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام وقد دخلت امرأة وقالت لي: اسأله فقلت: عمّا ذا؟ فقالت: إنّ ابني مات وترك مالاً كان في يد أخي فأتلفه ثمّ أفاد مالاً فأودعنيه فلي أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شيء؟ فقال: لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أدّ الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك[1].

قال في «غاية المراد[2] والمسالك[3]»: وفي هذا الخبر دلالة من ثلاثة مواضع: من قوله عليه السلام «لا» ومن قوله «أدّ الأمانة» ومن قوله «لا تخن».

قلت: وفي دلالة الأخير نوع تأمّل، فتأمّل.

ومثله صحيحة زيد الشحّام عن أبي عبدالله عليه السلام: من ائتمنك بأمانة فأدّها إليه ومن خانك فلا تخنه[4].

إلى غير ذلك ممّا يستدلّ به للقول الآخر، مثل صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كان أبي عليه السلام يقول: أربع من كنّ فيه كمل إيمانه ولو كان ما بين قرنه إلى قدمه ذنوب لم ينقصه ذلك هي الصدق وأداء الأمانة والحياء وحسن الخلق[5].

ورواية عمّار قال أبو عبدالله عليه السلام في وصيّة له: اعلم أن ضارب عليّ عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني على سيف واستنصحني واستشارني ثمّ قبلت ذلك منه لأدّيت إليه الأمانة[6].

ومثلها بتفاوت يسير رواية ابن أبي حفص[7]. ومثلها رواية سليمان بن خالد:

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٢ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٣.

(٢) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٥ ـ ٢٦. (٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٢.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٥ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ١٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٢٠ ب ١ في أحكام الوديعة ح ٩.

(٦) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٢٣ ب ٢ في أحكام الوديعة ح ٨.

(٧) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ٢٢١ ب ٢ في أحكام الوديعة ح ٢.

إن خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه[١].

وتحمل على الكراهة جمعاً بين الأدلّة. وهذه حجّة القوم مضافاً إلى إجماع «الغنية[٢]» وهو لا يغني غنىً إذا حملت هذه على الكراهة لمعارضته بتلك الأخبار.

فإن قلت: قد تضمّنت الأدلّة من الطرفين عامّاً وخاصّاً، فعامّ أدلّة المختار يرجع إلى قولنا: اقتصّ إذا كان عليه مال أمانة كان أو غيرها، وعامّ تلك أدّ الأمانة إن كان لك عليه أم لم يكن، وقد قالوا: إنّه إذا وقع التعارض من وجه بنحو يكون أحدها مخصّصا للآخر رجّح الأقوى بحسب الأدلّة وإلّا فيرجع إلى الأصول والقواعد، والمفروض التكافؤ، إذ العمومات في الجانبين مستفيضة والخصوصات كذلك، إذ من هذا الجانب خبران أو ثلاثة ومن ذلك الجانب كذلك، وفي كلّ صحيح ومعتبر، فما الدليل على الترجيح للمختار؟ بل نقول: يرجع التعارض إلى الخصوص أي إلى ما دلّ بخصوصه ولا أرجحيّة لأحدهما على الآخر.

قلت: الترجيح لوجهين: الأوّل: إنّ الأخبار من ذلك الجانب قابلة للتأويل وهو الحمل على الكراهة ومن هذا الجانب ليست كذلك. الثاني: إنّا إذا رجعنا إلى الأصول والقواعد قضت بالمختار، لأنّ أصل العدم وأصل البراءة من وجوب الاجتناب وأصل الإباحة قاضٍ بذلك، والقاعدة القائلة بانتفاء الضرر والحرج في الدين تُجوّز ذلك.

ثمّ إنّا قد ندّعي أن لا تعارض، لأنّ الأمر بردّها إليه لعلّه كان لأنّه أقرّ عند حاكم الشرع وهو الإمام عليه السلام بالحقّ وادّعى أنّ له عند صاحبه مالاً، واللازم من ذلك قبول الإقرار دون دعواه، فأمره بردّها لأجل ذلك، وهو لا ينافي جواز أخذها فيما

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٢ ص ٢٠٤ ب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٧.

(٢) غنية النزوع: ص ٢٤٠.

ولو كان المال من غير الجنس أخذه بالقيمة العدل ولم يعتبر رضى المالك،

بينه وبين الله تعالى أو على تقدير ثبوت الحقّ عند الإمامﷺ.

أو نقول: الأخذ مقاصّة في قوّة أداء الأمانة إلى من ائتمنه، لأنّه وفّى بها دينه، فكان بمنزلة أداء الأمانة إلى وكيله، وأداء الأمانة إلى الوكيل قائم مقام أدائها إلى المالك، ولانسلّم تحقّق الخيانة بذلك، لأنّ استيفاء الحقّ ليس بخيانة وإنّما الخيانة أكل الوديعة من غير حقّ. ومن المعلوم أنّ قولهﷺ: «إن خانك فلا تخنه» ليس المراد منه ظاهره، لأنّ الغريم خانه بإنكار حقّه بالباطل وعيب عليه بذلك، والأخذ مكان دينه ليس أخذاً بالباطل ولا يعاب على الآخذ حقّه، فكان المراد أنّ ذلك مكروه غير محبوب.

على أنّه يمكن أن تكون هذه ونحوها محمولة على الأخذ بعد الاستحلاف كما مرّ في خبر عبدالله بن وضّاح مع اليهودي الّذي حلّفه ثمّ وقع له عنده أرباح تجارة ودراهم كثيرة فسأل أباالحسن عن ذلك، فقال له: إن كان ظلمك فلا تظلمه ولو لا أنّك رضيت بيمينه فحلّفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك[1]. وهذه أيضاً دليل آخر في المقام، إذ ترك الاستفصال دليل العموم، فظاهره أنّه لو لا اليمين لأمره بالأخذ من دون فرق بين أن يكون وقوع المال في يده على سبيل الأمانة أو دونها، بل قد يدّعى أنّ الظاهر في وقوع أرباح التجارات والدراهم الكثيرة أن يكون على سبيل الأمانة، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان المال من غير الجنس

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٠ ب ١٠ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٢.

وله بيعه وقبض ثمنه عن دينه.

أخذه بالقيمة العدل ولم يعتبر رضا المالك﴾ يريد أنّه لو كان المال الّذي يريد الاقتصاص منه من غير الجنس الّذي له عليه، أخذه إن لم يقدر على المجانس من ماله بالقيمة العدل، ولم يعتبر هنا رضا المالك بالقيمة. والدليل على ذلك: الأصل وعموم الأخبار السالفة. وذهب جماعة من العامّة[١] إلى وجوب الاقتصار على الجنس. ويجيء على مذهب من عيّن الرجوع إلى الحاكم في المسألة السالفة مع التمكّن وقيام البيّنة أن يعيّنه هنا بطريق أولى ليستأذنه في هذا التصرّف.

قوله: ﴿وله بيعه وأخذ ثمنه عن دينه﴾ يريد أنّه مخيّر بين الأخذ بالقيمة العدل كما مضى أو بيعه بها كذلك والأخذ من ثمن دينه، ولا يتعيّن عليه إذا أراد البيع أن يبيع بجنس ماله عليه ويأخذ الثمن، إذ لا دليل على ذلك وأصل العدم والبراءة والإباحة قاض بعدمه. إلّا أنّ الشيخ في «المبسوط[٢]» اختار ذلك وتبعه الشهيد الثاني في «المسالك[٣]» والخراساني في «الكفاية[٤]» بل قال في «الكفاية»: ويتخيّر عند الأصحاب بين أخذه بالقيمة وبين بيعه وصرفه في جنس الحقّ ولا يجوز أن يتولّى بيعه ويقبض ثمنه من دينه انتهى. وظاهره دعوى الإجماع على ذلك، وكأنّه ما لحظ «القواعد والتحرير[٥] والدروس[٦] والإيضاح[٧]» وغيرها.

وليعلم أنّه ليس له الانتفاع به قبل البيع، وعليه المبادرة إلى البيع، فلو قصّر فنقص ضمن ولا يضمن ما لا ينقص قبل التقصير كما هو مقتضى القواعد.

---

(١) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ٤١٣، والمغني لابن قدامة: ج ١٢ ص ٢٣٠.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٣١١.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٤.

(٤) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٤.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.

(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.

(٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧.

ولو تلفت قبل البيع لم يضمن والأقرب الضمان لأنّه قبض لم يأذن فيه المالك ويتقاصّان حينئذٍ.

وبقي الكلام في البائع فقال قوم[١]: إنّه الحاكم لأنّ له الولاية عليه، وقال آخرون[٢]: يحضر عند الحاكم ومعه رجل قد واطأه على الاعتراف بالدين والامتناع من أدائه، وقال آخرون: له البيع بنفسه كما صرّح به المصنّف هنا وفي «التحرير[٣]» والشهيدان[٤] وغيرهم[٥]. وهو الأقوى ولا سيّما على المختار من عدم وجوب الرفع إلى الحاكم، لأنّه قد يتعذّر عليه إثباته ... إلى آخر ما سلف، فبطل الأوّل إلّا عند من أوجب الرفع إليه، لكنّه أيضاً باطل لبطلان ما بني عليه، والمواطأة كذب يجب التنزّه عنه، سلّمنا جوازه واستثناؤه لمكان الوصول إلى الحقّ، لكن لاحاجة إليه بعد جواز عدم الرجوع إلى الحاكم. هذا كلّه مضافاً إلى ما يظهر من «المبسوط» من دعوى الإجماع حيث قال: والأقوى عندنا أنّ له البيع بنفسه[٦].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو تلفت قبل البيع لم يضمن والأقرب الضمان لأنّه قبض لم يأذن فيه المالك، ويتقاصّان حينئذٍ﴾

قرّب المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ هنا الضمان كما في «الشرائع[٧] والإيضاح[٨]». وتوقّف في «التحرير[٩] والإرشاد[١٠] والدروس[١١] والروضة[١٢] والكفاية[١٣]». وحكم

(١ و ٢ و ٦) المبسوط: ج ٨ ص ٣١١.
(٣) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥، ومسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٤.
(٥) كما في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٤.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٩.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٧.
(٩) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.
(١٠) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.
(١١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.
(١٢) الروضة البهية: ج ٣ ص ٢٤٢.
(١٣) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٤.

في «المبسوط[1] والمسالك[2]» بعدم الضمان، وهو ظاهر «غاية المراد[3] والمجمع[4]».

ولابدّ قبل الاستدلال من تحرير محلّ النزاع، فنقول: إنّ هذا الاختلاف والتوقّف إنّما هو في البيع وفي قدر الحقّ فقط دون ما زاد مع عدم تقصير في المبادرة إلى البيع.

أمّا الأوّل: فهو صريح «غاية المراد» وظاهر أكثر العبارات، فلو أخذه ليتملّكه فتلف قبل أن يقوّمه بقيمة عدل لم يكن كذلك. وكذا إذا أراد أن يتملّك بعضه وتلف قبل ذلك. وفيه تأمّل، إذ الظاهر أنّه إذا أراد ذلك وتلف من دون تقصير في المبادرة لا فرق بينه وبين الأخذ ليبيعه في الضمان وعدمه، إلّا أن تقول: إنّه لا يخلو عن تقصير إذا أراد التملّك، لأنّ الأمر بيده.

وفيه: أنّ هذا إنّما يتمّ إذا كان عالماً بالقيمة العدل ولا يجب عليه الزائد حتّى تقول: إذا كان جاهلاً فليقوّم بالزائد، فقوله في «غاية المراد»: فلو أخذه ليتملّك منه بقدر حقّه لم يكن كذلك[5] إذ لم يجب عليه التعويض عن حقّه، لم أفهمه، فتأمّل.

وأمّا الثاني: وهو أنّ مورد التوقّف والنزاع قدر الحقّ لا الزائد، فقد صرّح به المصنّف في المقصد الثامن في بقايا مباحث متعدّدة[6] حيث قال: إنّ الزيادة أمانة لا تضمن إذا كانت من غير الجنس. وكذا قال في «التحرير[7]» ومعناه إنّه إذا كان له عنده مائة ولم يتمكّن إلّا من أخذ سيف يسوى مائتين فالزائد أمانة لا تضمن من دون تفريط، وما قابل الحقّ مضمون عند المصنّف كما إذا كان المأخوذ قدر الحقّ

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٣١١.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٥.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٣.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١٠٦.
(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٣، والعبارة فيها هكذا: «الثانية: أنّه يأخذه ليبيع منه بقدر حقّه، لا أنّه يتملّك منه بقدره» ولعلّ السبب في عدم فهمه ﷺ المراد منها غلطُ النسخة أو العجلة في النقل.
(٦) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٨٤.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.

فقط من دون زيادة كما نصّ عليه هنا. وقد اقتصر في «الدروس[1]» على نسبة ذلك إلى المصنّف. وقال في «المسالك» ـ وهو ممّن يذهب إلى عدم الضمان في أصل المسألة ـ إنّ الزيادة تحتمل أن تكون مضمونة وتحتمل أن تكون أمانة، انتهى[2].

وليعلم أنّه لا فرق في الزيادة بين أن تتلف قبل البيع أو بعده إذا لم يمكن الاقتصار على بيع ما يقابل حقّه، فكأنّ في قولهم: «قبل البيع» إشارة إلى القيد الثاني، تأمّل فإنّه دقيق.

وأمّا الثالث: فقد نبّه عليه في «التحرير» حيث قال: وعليه المبادرة إلى البيع، فلو قصّر فنقصت القيمة ضمن النقصان[3]، وفي «المسالك» حيث قال: وحيث يضمن مع التلف فإن كان بتقصير فكضمان الغاصب و بغيره فقيمة يوم التلف مطلقاً[4].

وهذا الّذي ذكرناه وإن لم يصرّح به على هذا النمط أحد من الأصحاب إلّا أنّه مستفاد من مطاوي كلامهم كما عرفت، وبه يندفع الإشكال عن بعض من لم يتبع هذا.

وقول المصنّف أوّلاً: «لم يضمن» إشارة إلى مذهب الشيخ وليس فتوى حتّى يكون قوله: «فالأقرب» من دون فاصلة عدولاً، وله وجه آخر، فتأمّل.

إذا عرفت هذا فنقول: احتجّ القائلون بالضمان بأنّه مأخوذ بغير إذن صاحبه كقبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن، قال الشهيد في «غاية المراد»: كذا علّله المحقّق. وفيه نظر، لأنّ الشارع أذن له في استيفاء حقّه وهو أعظم من إذن المالك وبه يفرق بينه وبين المرتهن، انتهى[5].

قلت: وقد يستدلّ عليه بقوله ﷺ: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي[6] وبأنّه كلّ

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٥.
(٢ و ٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٥ و٧٦.
(٣) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٥٤.
(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٢٣.
(٦) عوالي اللئالي: ج ٢ ص ٣٤٥.

وكلّ من ادّعى ما لا يد لأحد عليه ولا منازع فيه قضي له كالكيس بحضرة جماعة ادّعاه أحدهم ولم ينازعه غيره ولا يد لأحد عليه.

ما يضمن صحيحه يضمن فاسده، وبأنّه كالمقبوض بالسوم.

وفيه: إنّ الأوّلين ليسا ممّا نحن فيه، أمّا الأوّل فلأنّ اليد هنا ليست عادية ولا مفرّطة كما هو الفرض، فتأمّل فيه. وأمّا الثاني فإنّه إنّما يتصوّر في العقود كما هو ظاهر، فتأمّل. وأمّا الثالث فقياس، فليتأمّل.

احتجّ الآخرون بالأصل وبما ذكرنا من أنّ مأذون الشارع لا يوجب الضمان حتّى يقوم به دليل. واستدلّ له في «النكت[1]» بأنّه مقبوض بحقّ فجرى مجرى الرهن وهو يرجع إلى ما ذكرنا. فالقول بعدم الضمان هو الأقوى لأن كان موافقاً للأُصول والقواعد كما تؤذن به عبارة «المبسوط» حيث قال: وهو الأليق بمذهبنا[2].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وكلّ من ادّعى ما لا يَدَ لأحد عليه ولا منازع له فيه قضي له به كالكيس بحضرة جماعة ... إلخ﴾ يريد أنّه يُقضى له به من دون بيّنة ويمين، لأنّهما إنّما شُرّعا لقطع المنازعة ولا منازع.

ويدلّ عليه بعد وجوب حمل أفعال المسلمين على الصحّة ما لم يظهر خلافه صحيح منصور بن حازم قال للصادق عليه السلام: عشرة كانوا جلوساً ووسطهم كيس فيه ألف درهم قال بعضهم بعضا: ألكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، فقال واحد منهم: هو لي. قال عليه السلام هو للّذي ادّعاه[3].

---

(١) غاية المراد في شرح نكت الإرشاد: ج ٤ ص ٢٣. (٢) المبسوط: ج ٨ ص ٣١١.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٠٠ ب ١٧ من أبواب كيفية الحكم و... ح ١.

وقد تأمّل الأردبيلي[١] في يونس حيث لم يصرّح بكونه ابن عبدالرحمن وهو في طريقها.

قلت: كأنّه نظر إلى «التهذيب[٢]» لأنّ الموجود فيه «عن يونس عن منصور» ولاضرر في ذلك، لأنّ الإطلاق ينصرف إليه، ولم يلحظ «النهاية» للشيخ فإنّه رواها عن يونس بن عبدالرحمن[٣]. وقال في «السرائر[٤]» في نوادر القضاء: وروى يونس بن عبدالرحمن عن منصور بن حازم، لكن ثقة الإسلام رواها عن عليّ عن أبيه عن بعض أصحابه عن منصور بن حازم[٥].

قال في «السرائر» بعد أن أورد الخبر المذكور: فقه هذا الحديث صحيح، وليس هذا ممّا أخذه بمجرّد دعواه وإنّما هو لما لم يثبت له صاحب سواه، واليد على ضربين: يد مشاهدة ويد حكميّة، فهذا يده عليه حكميّة، لأنّ كلّ واحد منهم نفى يده عنه وبقي يد من ادّعاه حكميّة. ولو قال كلّ واحد من الجماعة في دفعة واحدة أو متفرّقاً: «هو لي» لكان الحكم فيه غير ذلك. وكذلك لو قبضه واحد في الجماعة ثمّ ادّعاه غيره لم يقبل دعواه بغير بيّنة، لأنّ يد المشاهدة عليه لغير من ادّعاه، والخبر الوارد في الجماعة أنّهم نفوه عن أنفسهم ولم يثبتوا لهم عليه يداً لامن طريق الحكم ولا من طريق المشاهدة، ومن ادّعاه له عليه يد من طريق الحكم فقبلنا دعواه فيه من غير بيّنة، ففقهه ما حرّرناه. وأيضاً إنّما قال: «ادّعاه» من حيث اللغة، لأنّ الدعوى الشرعيّة من ادّعى في يد غيره عيناً أو ديناً، انتهى[٦].

وفي قوله أخيراً إشارة إلى ثبوت الحقيقة الشرعيّة في الدعوى. وتقسيمه اليد

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١١١.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ ج ٦ ص ٢٩٢ ح ١٧.
(٣) النهاية: ص ٣٥٠.
(٤ و٦) السرائر: ج ٢ ص ١٩١.
(٥) الكافي: ج ٧ ص ٤٢٢ ح ٥.

ولو انكسرت سفينة في البحر فلأهله ما أخرجه البحر وما أخرج بالغوص لمخرجه إن تركوه بنيّة الإعراض.

إلى قسمين يرجع إلى ما قلناه من حمل فعل المسلم على الصحّة ما لم يظهر خلافه، وكأنّه بناه على أصله من عدم العمل بأخبار الآحاد فيرجع به إلى القواعد، فتأمّل.

وقد يستدلّ على الحكم بما نقله صاحب «الوافية[1]» في الأُصول، قال: روى الكليني في الصحيح عن منصور بن حازم، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّ الله أجلّ وأكرم من أن يعرف بخلقه بل الخلق يعرفون بالله، قال: صدقت. قلت: إنّ من عرف أنّ له ربّاً فقد ينبغي له أن يعرف أنّ لذلك الربّ رضاً وسخطاً وأنّه لا يعرف رضاه وسخطه إلّا بوحي أو رسول، فمن لم يأته الوحي فقد ينبغي أن يطلب الرسل فإذا لقيهم عرف أنّهم الحجّة ... إلى أن قال، قلت: فحين مضى رسول الله صلى الله عليه وآله من كان الحجّة على خلقه؟ فقالوا: القرآن، فنظرت في القرآن فإذا هو يخاصم به المرجئ والقدري ... إلى أن قال، فقلت لهم: من قيّم القرآن؟ فقالوا: ابن مسعود قد كان يعلم وعمر يعلم وحذيفة يعلم. قلت: كلّه؟ قالوا: لا، فلم أجد أحداً يقال إنّه يعرف ذلك كلّه إلّا عليّاً عليه السلام. فإذا كان الشيء بين القوم فقال: هذا لا أدري وقال: هذا لا أدري وقال هذا: أنا أدري، فأشهد أنّ عليّاً عليه السلام كان قيّم القرآن[2]. وهذا محلّ الاستشهاد، وهذا وإن كان بعيداً إلّا أنّ الفطن الحاذق يتنبّه لذلك على أنّ الراوي للروايتين منصور، فلتأخذ مؤيّداً، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو انكسرت سفينة في البحر فلأهله ما أخرجه البحر وما أخرج بالغوص لمُخرجه إن تركوه بنيّة

---

(١) الوافية في أُصول الفقه: ص ١٤٢.

(٢) الكافي: ج ١ ص ١٦٩ ح ٣.

الإعراض﴾ هذا القيد ذكره في «تعليق النافع» للمحقّق الثاني [1] وفي «التنقيح [2]» وفي «المسالك [3] والمجمع [4]» لكنّهم اختلفوا فظاهر المصنّف أنّه يملكه مُخرجه لمكان اللام الحقيقة في الملك، والمحقّق الثاني قال: هل يملكه الآخذ أو يباح له التصرّف خاصّة؟ كلّ محتمل والثاني أقرب إلى الاحتياط. والشهيد الثاني والمقداد جزما بالإباحة، والمولى الأردبيلي جعل الإعراض واليأس واحداً واحتمل الملك والإباحة ثمّ استظهر الملك. وأنت خبير بأنّ الإعراض غير اليأس كما مرّت الإشارة إليه فيما سلف، وإلّا لكان المصنّف موافقاً للفاضل العجلي المشترط اليأس [5] كما يأتي [6] مع أنّ الشهيدين [7] ـ وغيرهما ـ صرّحا بأنّهما مذهبان كما هو الحقّ.

وزاد بعض الناس [8] قيداً آخر فوق الإعراض فقال: الإعراض في المهلكة ويكون بعد الاجتهاد في الغوص والتفتيش، أمّا لو خلا عن ذلك كلّه فإنّه لا يملكه. والأصل في ذلك الرواية الآتية. ولضعفها ومخالفتها الأُصول حملت على الإعراض ولم يكن العمل بها على ظاهرها مشهوراً بين الأصحاب حتّى تنجبر بذلك، إلّا أن تقول شهرتها في نفسها تجبر ضعف سندها فيبقى مخالفتها للأُصول والقواعد. والرواية هي مارواه الحسن بن علي بن يقطين عن أُميّة بن عمرو الشعيري الواقفي ـ قال في «الإيضاح»: أُميّة بضمّ الهمزة [وتشديد الميم] [9] والشعيري بالشين المعجمة والعين المعجمة المكسورة والراء المهملة قبل الياء وبعدها [10]. قلت: هو تلميذ إسماعيل بن زياد السكوني الشعيري. قلت: الشعيري

---

(١) لا يوجد لدينا.
(٢) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٧.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ١١٢.
(٥) كذا في النسخ، والظاهر: لليأس.
(٦) يأتي في ص ٣٥٧.
(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٦، ومسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٧.
(٨) أنظر رياض المسائل: ج ١٣ ص ١٧٦.
(٩) ليس في الإيضاح.
(١٠) إيضاح الاشتباه: ص ٨٣.

يقال لجماعة أشهرهم السكوني، فلعلّ تلميذه شاركه في اللقب ـ عن الصادق عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فأُخرج بعضه بالغوص وأخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله أخرجه لهم، وأمّا ما أُخرج بالغوص فهو لهم وهم أحقّ به[1].

قلت: لو لا التفصيل وفهم الأصحاب لكان «لهم» الثاني ظاهراً في عوده إلى الأهل، على أنّ التفصيل لا يمنع الظهور منعاً ظاهراً، إذ يحتمل أن يكون المراد أنّ ما أُخرج بالغوص فهو لأهله أيضاً وهم أحقّ به من الغائص إذا أرادوه وإن كان للغائص حقّ التصرّف وإباحته، وحينئذٍ تكون الرواية موافقة للأُصول خالية عن الإشكال فتأمّل. و ظاهر المقداد[2] موافقتنا على ذلك.

وقد ناقش الفاضل الخراساني في الأصل الّذي تمسّكوا به في عدم جواز الأخذ من دون إعراض، قال: فيه نظر، لأنّ أصل الاستصحاب لا يقتضي سوى استمرار الحكم في مورد الاتّفاق[3].

قلت: الظاهر أنّ هذا خيرة أُستاد الكلّ في الاستصحاب وقد حرّر في محلّه أنّ ذلك لا يعرفه جميع الأصحاب، وقال[4]: لو انكسرت سفينة في البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله وما أُخرج بالغوص فهو لمخرجه على الأشهر عند الأصحاب ومستنده رواية الشغيري[5] انتهى.

وأنت تعلم إنّا ما نعلم أحداً عمل بظاهر الرواية سوى المصنّف في «الإرشاد[6]» وظاهر الشيخ في «النهاية[7]» فإنّه أوردها فيها في النوادر. ومثله المصنّف في

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٢ ب ١١ من أبواب اللقطة ح ٢.
(٢) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٧١ ـ ٢٧٢.
(٣) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٥.
(٤) أي الفاضل الخراساني.
(٥) المصدر السابق: ص ٧٢٤، وفيه: الشعيري ـ بالمهملة ـ.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٣.
(٧) النهاية: ص ٣٥١.

«التذكرة[١]» في باب اللقطة أوردها بسندها ومتنها وكذا في «التحرير[٢]»، والمحقّق أورد مضمونها ثمّ رماها بالضعف[٣]، والشهيد ذكر متنها ثمّ قال: وحملها بعضهم على الإعراض وابن إدريس على اليأس[٤]، فكيف يكون الحكم مشهوراً أو أشهر؟ على أنّ الحسن بن أبي طالب الآبي اليوسفي قال: إنّها حملت على أنّ ما أخرجه وصاحبه حاضر فهو له وما أخرجه وصاحبه غائب وأباحه فهو لمخرجه، قال: وعلى هذا فلا إشكال في الرواية وعليها فتوى الشيخ في «النهاية[٥]» انتهى.

قلت: فعلى هذا يكون الشيخ غير عامل بظاهرها في «النهاية» بل لو قال قائل: أن ليس هناك أحد أفتى بمضمونها صريحاً سوى المصنّف في «الإرشاد» لكان صحيحاً.

وحملها في «السرائر» في النوادر على اليأس، قال: وجه فقه الحديث: أنّ ما أخرجه البحر فهو لأصحابه وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه، لأنّه صار بمنزلة المباح. ومثله من ترك بعيره من جهد في غير كلاء ولا ماء فهو لمن أخذه لأنّه خلاه آيساً منه ورفع يده عنه فصار مباحاً، وليس هذا قياساً وإنّماهذا على جهة المثال والمرجع فيه إلى الإجماع وتواتر النصوص دون القياس والاجتهاد[٦] انتهى. وهذا منه بناء على أصله من عدم العمل بأخبار الآحاد والرجوع إلى الأصل والإجماع. قال في «المقتصر» أبو العباس: وهذا حسن[٧] يريد أنّ الحمل على اليأس حسن. وقال في «الكشف»: وادّعى المتأخّر على الرواية الإجماع[٨]. ومراده بالمتأخّر ابن إدريس كما نبّه هو

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٧ ص ٢٧٧.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٨ ـ ١٥٩.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٩.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٦.
(٥ و٨) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠٦.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٩٥.
(٧) المقتصر: ص ٣٨٠.

على ذلك. وفي كلامه هذا نظر واضح، فتأمّل.

وأبو العباس والصيمري في «المهذّب[1] وغاية المرام[2]» اقتصرا على نقل الأقوال في المسألة والاحتمالات من دون ترجيح، نعم قال أبو العباس في «المهذّب[3]» دون «المقتصر» وأضعفها احتمال عدم تملك الغائص بشيء أصلاً، ولم يذكر مذهب المصنّف هنا، ولعلّه ظنّ أنّه متّحد مع مذهب العجلي. وقال في «التنقيح» بعد توجيهات الخروج عن ملك الأوّل وملك الآخذ له: والأولى أنّه لايخرج عن الملك في الصور كلّها، نعم لو علم الإعراض يقيناً فهو يفيد إباحة لاملكاً[4]. وقيل[5]: إنّ الآخذ يملكه إذا نوى التملّك.

والتحقيق إنّ الإعراض إمّا أن يكون باختيار أو بدون اختيار، فإن كان باختياره كما إذا ترك بعيره لكلاء أو غيره فإنّه يملكه الآخذ بالأخذ ويرتفع ملك المالك عنه به. وعلى ذلك استمرّت طريقة الناس في الدور و الأحجار القديمة وإلّا لوجب إرجاعه إلى وارثه. وإن كان بغير اختيار فعلى قسمين: الأوّل: أن يكون ذلك كما يأخذه الظالم فإنّ صاحبه وإن أعرض عنه إلّا أنّه لم يعرض عنه بالكلّية ولهذا يطلبه به في الآخرة فيحسب من ديون الظالم، ومن قال: إنّ ذلك لايحسب من ديونه لأنّه أعرض عنه، فليس بصواب. وتحقيقه في محلّه. وأمّا الثاني: فكما يقع في البحر ونحوه، والظاهر أنّ المالك إذا أعرض عنه بالكلّيّة بأن يكون يائساً فإنّه يملكه الغائص بالأخذ يرتفع عنه ملكه به فليتأمّل.

تنبيه: قال بعض الناس[6]: لا يزول الملك بالإعراض إلّا في الشيء اليسير كاللقمة، وفي التالف كمتاع البحر، وفي الّذي يملك بغاية لو حصلت كحطب المسافر، فتأمّل.

(١ و٣) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٨٥ ـ ٤٨٦. (٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٥.

(٤) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٧٢. (٥) لم نعثر على قائله. (٦) لم نقف عليه.

ولو حلف الوارث على نفي علم الدّين أو الاستحقاق لم يمنع المدّعي من إقامة البيّنة.

الفصل الخامس: في اليمين مع الشاهد

كلّ ما يثبت بشاهد وامرأتين يثبت بشاهد ويمين إلّا عيوب النساء،

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو حلف الوارث على نفي علم الدين أو الاستحقاق لم يمنع المدّعي من إقامة البيّنة﴾ هذا رجوع إلى ما عقد له الفصل، وإلّا فلا أرى لذكر هاتيك المسائل في هذا الفصل وجهاً في الظاهر. والوجه في هذا الحكم ظاهر، لأنّ حلفه إنّما دفع النزاع في دعوى أُخرى هي دعوى العلم، وهو لا يستلزم اندفاع أصل الدعوى على الميّت، وقد تقدّم[1] ما ينبّه على ذلك.

﴿الفصل الخامس: في اليمين مع الشاهد﴾

قوله: ﴿يثبت بشاهد ويمين﴾ المراد باليمين اليمين الّتي تمنع المحلّف عن إقامة البيّنة، لا اليمين على نفي العلم.

قوله: ﴿إلّا عيوب النساء﴾ أي ونحوها ممّا يعسر اطّلاع الرجال عليه غالباً من الولادة وفي الاستهلال و الرضاع على ما يأتي[2].

---

(١) تقدّم في ص ٣١٨.

(٢) سيأتي في ص ٣٦٤.

وهو كلّ ما كان مالاً أو المقصود منه المال:

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهو كلّ ما كان مالاً أو المقصود منه المال﴾ كما في «المقنعة[1] والمبسوط[2] والخلاف[3] والسرائر[4] والوسيلة[5] والشرائع[6] والنافع[7] والتحرير[8] والإرشاد[9] والمختلف[10] والإيضاح[11]» في باب الشهادة و«غاية المراد[12] وغاية المرام[13] والدروس[14] واللمعة[15] والروضة[16] والمهذّب[17] والمجمع[18] والكفاية[19] والمفاتيح[20]» وهو المنقول[21] عن الكاتب والقاضي. وهو المجمع عليه كما في «الخلاف[22] والسرائر[23]» وظاهر «المجمع[24]» في باب الشهادات و«الكفاية[25]». وفي «غاية المراد[26]» نسبه إلى سلّار، والموجود في «المراسم[27]»: وتُقبل شهادة الواحد في الديون مع يمين المدّعى.

(١) المقنعة: ص ٧٢٧.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٨٩.
(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٥٤ المسألة ٧.
(٤) السرائر: ج ٢ ص ١٤٠.
(٥) الوسيلة: ص ٢٢٢.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٢.
(٧) المختصر النافع: ص ٢٧٥.
(٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٣.
(٩) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٢.
(١٠) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٧٧.
(١١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٤٣٥.
(١٢) غاية المراد: ج ٤ ص ١٣١ و١٤٥.
(١٣) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٣.
(١٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٧.
(١٥) اللمعة الدمشقية: ص ٩٧.
(١٦) الروضة البهية: ج ٣ ص ٩٨.
(١٧) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٥٤١.
(١٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٣٣.
(١٩) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٠٩.
(٢٠) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٤.
(٢١) نقله عنهما العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٧٧.
(٢٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٥٤ مسألة ٧.
(٢٣) السرائر: ج ٢ ص ١٤٠.
(٢٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٢.
(٢٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٦٩ _ ٧٧٠.
(٢٦) غاية المراد: ج ٤ ص ١٤٧.
(٢٧) المراسم: ص ٢٣٣.

وخالف في «النهاية[1] والاستبصار[2] والتهذيب[3] والغنية[4] والمراسم[5] والكافي[6]» وهو المنقول[7] عن الإصباح حيث خصّوا ذلك بالدين.

قال في «المختلف[8]»: ولا منافاة بين القولين، لأنّ المقصود من الدين المال. ومثله قال الشهيد في «غاية المراد[9]».

قلت: عبارة «الاستبصار والتهذيب والاصباح» تأبى عن ذلك جدّاً، قال في «الاستبصار» بعد أن أورد أوّلاً الأخبار الدالّة على الدين وحده ثم أردفها بالأخبار الأُخر المطلقة ما نصّه: ولا تنافي بين هذه الأخبار والأخبار الأوّلة، لأنّ هذه الأخبار وإن كانت عامّة فينبغي أن تحملها على المفصّلة بأنّ ذلك في الدين، فتأمّل.

لنا على المختار ـ بعد الإجماع المتردّد ـ صحيح محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم في حقوق الناس[10] والحقوق جمع معرّف[11].

وما رواه الشيخ[12] في الحسن بإبراهيم عن عبدالرحمن بن الحجّاج، قال: دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على أبي جعفر عليه السلام ـ والحديث طويل جدّاً ـ ومحلّ الاستدلال فيه: إنّه عليه السلام ذكر فيه قضيّة درع طلحة الّذي أخذت غلولاً يوم البصرة لمّا خطّأ أميرالمؤمنين عليه السلام شريحاً، قال أيتك بالحسن عليه السلام فقلتَ: هذا واحد

(١) النهاية: ص ٣٣٤. (٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٣٤ ذيل ح ١١٦.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩١ ج ٦ ص ٢٧٢ ح ٧٤٢. (٤) غنية النزوع: ص ٤٣٩.
(٥) المراسم: ص ٢٣٣. (٦) الكافي في الفقه: ص ٤٣٨.
(٧) الناقل هو الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٧.
(٨) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥٢٣. (٩) غاية المراد: ج ٤ ص ١٤٧.
(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٥ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١٢.
(١١) كذا في النسخ، وما في الرواية «حقوق الناس» وهو جمع مضاف.
(١٢) تهذيب الأحكام: ب ٩١ ج ٦ ص ٢٧٣ ح ٧٤٧.

كالدين والقرض والغصب، وعقود المعاوضات كالبيع والصلح والإجارة والقراض

ولا أقضي بشهادة واحد حتّى يكون معه آخر، وقد قضى رسول‌الله صلى الله عليه وآله بشاهد واحد ويمين. وروى هذه القضيّة الصدوق[1] بطريقه إلى محمّد بن قيس وهو حسن بإبراهيم أيضاً.

فهذه الأخبار والإجماعات دلّت على جريان ذلك في غير الدين. وقد وردت أخبار[2] متضافرة مطلقة كقوله عليه السلام قضى رسول صلى الله عليه وآله بالشاهد واليمين وقضى به عليّ عليه السلام في العراق بالشاهد واليمين ونحو ذلك ممّا هو مستفيض جدّاً.

احتجّوا بصحيح محمّد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال كان رسول‌الله صلى الله عليه وآله يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يكن يجيز في الهلال إلّا شاهدي عدل[3]، إلى غير ذلك من الأخبار المستفيضة أيضاً. وأنت تعلم أنّها لاتنافي الأخبار الّتي دلّت على جريانها في غير الدين، لأنّ هناك أخباراً عامّة وهذا نوع من التخصيص وذاك نوع آخره وبعبارة أُخر. نقول: إطلاق صرّح ببعض أفراده في بعض الأخبار وببعض آخر في بعض آخر، ثمّ إنّ ظاهر صحيحة محمّد بن مسلم تشعر بأنّ المراد بالدين المال كما يلوح ذلك من الاستثناء.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿كالدين والقرض والغصب﴾ هذا مثال للمال ومثله الالتقاط والاحتطاب والاحتشاش والأسر.

---

(١) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١٠٩ ح ٣٤٣١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٦ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١٣ و ١٥.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٢ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

والهبة والوصيّة والجناية الموجبة للدية كالخطأ وعمد الخطأ وقتل الوالد ولده والحرّ العبد وكسر العظام والجائفة والمأمومة ولا يثبت الخلع.

قوله: ﴿والهبة﴾ أي المعوّضة. هذا وما قبله مثال لعقود المعاوضات.

قوله: ﴿والوصيّة﴾ أي له لا إليه. وهي عقد كما يستفاد من افتقارها إلى الإيجاب والقبول، لكنّه ليس عقد معاوضة فكان كالهبة بلا عوض، والأولى ذكرها ليقيّد إطلاق تلك، وكذا الإقالة والردّ بالعيب والرهن والحوالة والشفعة والمزارعة والمساقاة والسبق والرماية والإبراء والإقرار بالمال والمهر في النكاح وإتلاف المال والسرقة لأخذ المال دون القطع. وكذلك الأُمور المتعلّقة بالعقود كالخيار والأجل والحلول ونجوم مال الكتابة إلّا النجم الأخير فإنّ فيه قولين من حيث إنّه يترتّب عليه العتق فكان كالعتق، إلى غير ذلك ممّا هو مال أو قصد منه المال.

قوله: ﴿والجناية الموجبة للدية﴾ أي أصالة، أمّا ما لا يوجب المال أصالة كالقصاص فليس كذلك، خلافاً لابن حمزة كما يأتي[1].

قوله: ﴿وكسر العظام والجائفة والمأمومة﴾ وكذا الدامعة والمنقّلة.

قوله: ﴿ولا يثبت الخلع﴾ الأولى ثبوت المال إن ادّعاه الزوج كما نقل عن المصنّف[2]. ولعلّ الإطلاق منزّل عليه. وكذا الولاء لا يثبت فيه وإن استلزم عقلاً أو إرثاً، وكذا القذف والولادة والرضاع. وأمّا الوديعة ففي «الخلاف[3] والمبسوط[4] والتحرير[5]» لا تثبت، وقال في «المختلف[6]»: لا تثبت إذا ادّعاها الودعي، أمّا إذا ادّعاها المالك فتثبت لأنّه مال، ولعلّه يشير إليه قول الشيخ في «الخلاف

---

(١) سيأتي في ص ٤٠٣.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.

(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٥٢ المسألة ٤.

(٤) المبسوط: ج ٨ ص ١٨٩.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٣.

(٦) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٧٦.

والطـلاق والرجـعة والعـتق والكـتابة والتـدبير والنسب والوكـالة والوصيّة إليه وعيوب النساء بالشاهد واليمين.

والمبسوط» والوديعة عنده. والّذي يقوى عندي ثبوتها مطلقاً، لأنّ الودعي يدفع الضمان بدعواه فكان المقصود المال، فتأمّل فيه. والحاصل أنّه لا فرق فإمّا العدم مطلقاً أو الثبوت مطلقاً.

قوله: ﴿والطلاق﴾ أي وإن استلزم تنصيف المهر أو سقوط النفقة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والرجعة﴾ أي وإن استلزمت النفقة إذا ادّعتها الامرأة إلّا أنّ الرجعة من حيث إنّها رجعة لا توجب النفقة وإنّما يـوجبها النكاح السابق، والمراجعة إنّما رفعت حكم الطلاق وإعادة حكم النكـاح، فـهي بذاتها لا توجب المال، ولعلّ ذلك محل وفاق.

قوله: ﴿والعتق﴾ وإن كان الرقيق مالا على المشهور وفي «الدروس» نقل القولين من دون ترجيح، قال: ويـنسحب عـليه التـدبير والكـتابة والاسـتيلاد. والمصنّف في هذا الكتاب والتحرير قطع بالثبوت في كتاب العتق، لأنّ المـملوك مال وتحريره يستلزم تفويت المال على المالك والحرّيّة وإن لم تكن مالا لكنها يتضمّن المال من هذه الحيثية، فتأمّل. وفي هذا الباب فيهما قطع بالعدم.

قوله: ﴿والكتابة﴾ وإن استدعت مالاً، وكذا التدبير والنسب وإن استلزما إرثاً أو نفقة. وكذا الوكالة وإن كانت في مال، وكذا الوصيّة إليه وإن كانت في مال.

قوله: ﴿وعيوب النساء﴾ وإن استتبعت براءة عن المهر.

قوله: ﴿بالشاهد واليمين﴾ أي لا يثبت جميع ذلك بالشاهد واليمين، لأنّه ليس مالاً ولا المقصود منه المال.

أمّا النكاح فإشكال أقربه الثبوت إن كان المدّعي الزوجة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿أمّا﴾ في ﴿النكاح فإشكال أقربه الثبوت إن كان المدّعي الزوجة﴾ المشهور بين الأصحاب كما في «الإيضاح[١] وغاية المرام[٢]» وغيرهما عدم ثبوته بالشاهد واليمين كما في «المبسوط[٣] والخلاف[٤] والنهاية[٥] والمراسم[٦] والكافي[٧] والسرائر[٨] وتعليق الإرشاد[٩] والإيضاح[١٠]» وغيرها[١١]، لأنّ المقصود بالذات منه الإحصان والتناسل وإقامة السنّة وكفّ النفس عن الحرام، والمهر والنفقة تابعان. وتوقف في «الشرائع[١٢] والدروس[١٣]» وغيرها[١٤] لما ذكر من أنّه يستلزم المهر والنفقة ويستلزم الإرث إذا كان المدّعي الرجل فتأمّل. وما قرّبه المصنّف هنا تبعه عليه الشهيد في «غاية المراد»، قال: لأنّ دعوى المرأة النكاح تستلزم مالاً ما، وهو مناط الشاهد واليمين، أمّا الزوج فلا مال يدّعيه بدعواه الزوجيّة، والتوارث بعيد جدّاً، ويقرب إذا كان التداعي بعد موت المرأة[١٥]. ومثله قال الشهيد الثاني[١٦].

قلت: المقصود من النكاح غالباً من الطرفين ليس هو المال. ثمّ إنّ ادعاء الزوج الزوجيّة بعد موتها ليس من دعوى النكاح فلم يريدوا بها ما يعمّه. وأمّا

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.
(٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٣.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٨٩.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٥٢ المسألة ٤.
(٥) لم نعثر عليه في النهاية.
(٦) المراسم: ص ٢٣٣.
(٧) الكافي في الفقه: ص ٤٣٨.
(٨) السرائر: ج ٢ ص ١١٥.
(٩) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٧٤.
(١٠) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.
(١١) ككشف اللثام: ج ١٠ ص ١٣٩.
(١٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٢.
(١٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٧.
(١٤) كإرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٢.
(١٥) غاية المراد: ج ٤ ص ١٤٨.
(١٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥١٣.

والوقف يقبل فيه، لأنّه عندنا ينتقل إلى الموقوف عليه.

ثبوته بهما مطلقاً فلم أجد أحداً قال صريحاً به إلّا أنّ الشهيدين جعلاه احتمالاً[1] كالمصنّف والمحقّق[2]، وربّما ظهر من «المسالك» اختياره فتأمّل. وقيّد في «الإيضاح[3] وكنز الفوائد[4]» قول المصنّف هنا بما إذا كان دعواها بعد الدخول أو التسمية لأنّهما يثبتان. وضعّفه في «غاية المراد والمسالك» بأنّ النفقة لا تتوقّف على الأمرين ومفوّضة المهر تدّعي مهراً في الجملة ومفوّضة البضع تدّعي نفقة إذا بذلت التمكين.

قوله: ﴿والوقف يقبل فيه لأنّه عندنا ينتقل إلى الموقوف عليه﴾ ظاهره دعوى الإجماع على أنّ الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه. وهو خيرة «المبسوط[5] والسرائر[6]» والأكثر[7]، وقد ادّعي عليه الإجماع. وظاهر أبي الصلاح[8] أنّه يبقى على ملك الواقف. وفي «الخلاف[9]» أنّه ينتقل إلى الله تعالى، لكنّه في كتاب الوقف من هذا الكتاب قال: إنّ الأقرب في الوقف على المعيّن أنّه يملكه، وإن كان على جهة عامّة فالأقرب أنّ الملك لله تعالى[10] فينبغي أن تنزّل عبارته هنا على ما إذا انحصر الموقوف عليه أو يبقى على إطلاقه كما هو ظاهر الأكثر، بل ادّعى

---

(١) راجع المصدرين السابقين.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٢.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.

(٤) كنز الفوائد: ج ٣ ص ٤٩٩.

(٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٠.

(٦) السرائر: ج ٢ ص ١١٥ و١٤٢.

(٧) منهم ابن البرّاج في المهذّب: ج ٢ ص ٥٦٢، والمحقّق في شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٣، والعلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥٢٣.

(٨) الكافي في الفقه: ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥.

(٩) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٠ المسألة ٢٥.

(١٠) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٣٩٤.

عليه الإجماع جماعة[1] فيقبل فيه حينئذٍ الشاهد واليمين لانتقال المال إلى الموقوف عليه كما في «المبسوط[2] والسرائر[3] والشرائع[4] والتحرير[5] والدروس[6] والمسالك[7] وغاية المراد[8] ومجمع الفوائد» للمحقّق الثاني و«المجمع[9]» للأردبيلي في كتاب الشهادات و«المختلف» في موضعين كما يأتي.

والمخالف إنّما هو الشيخ في «الخلاف[10]» وقد علمت أنّه وافق في«المبسوط» المشهور بل قال: إنّه الّذي يقتضيه مذهبنا[11]. ووافقه على ذلك تلميذه القاضي[12].

والحجّة عليه وجود فائدة الملك فيه وهي العلّة الغائيّة فيوجد المعلول، والمنع من نقله عن ملكه لا ينافي الملك كأُمّ الولد، وقد يجوز بيعه على وجه، فلم ينتف لازم الملك رأساً مع تسليم كونه لازماً.

وفي «المختلف»: أنّه قد يجوز بيعه عند علمائنا في بعض الأحوال[13]. وهذا فيه إشارة إلى أنّ بيع الوقف في الجملة مجمع عليه، وهو خلاف ما قاله الأُستاد الشريف: من أنّه لم تثبت في ذلك شهرة. وقال في «مجمع الفوائد»: جميع خصوصيّات الملك موجودة بالنسبة سوى نقله إلى مالك آخر، يريد أنّه يضمن باليد والقيمة[14] ونحو ذلك. وأمّا إذا لم ينحصر فلا يقبل فيه عند المصنّف، انتهى.

---

(١) منهم الصيمري في غاية المرام: ج ٢ ص ٣٧٢، والشيخ في المبسوط: ج ٨ ص ١٩٠، وابن إدريس في السرائر: ج ٣ ص ١٥٤.

(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٨٩ ـ ١٩٠.

(٣) السرائر: ج ٣ ص ١٥٤.

(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٣.

(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٤.

(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٧.

(٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥١٥.

(٨) غاية المراد: ج ٤ ص ١٣٢.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٢.

(١٠) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٠ المسألة ٢٥.

(١١) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٠.

(١٢) المهذّب: ج ٢ ص ٥٦٢.

(١٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٥٢٣.

(١٤) كذا في النسخ، ولا تناسب عطف «القيمة» على ما قبله، ولعلّ أصاب العبارةَ سقط أو تصحيف.

ولا فرق بين أن يكون المدّعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة.

والحاصل: إنّا إن قلنا بالانتقال مطلقاً أو البقاء على ملك الواقف قُبل فيه ذلك مطلقاً إن أمكن الحلف. وكذا إن قلنا بانفكاك الملكيّة عنه مطلقاً بأن ينتقل إلى الله تعالى يُقبل فيه أيضاً.

فإن قلت: كيف يحلف إذا قلنا ببقائه على حكم مال الواقف؟ لأنّه حينئذٍ حلف على مال الغير، وهو ممنوع إجماعاً.

قلت: منفعته عائدة إليه وهي مال. وسيجيء عن قريب [١] ما له دخل في المقام. وكذا يحلف عليه وإن قلنا إنّه ينتقل إلى الله تعالى كما تقدّم، لما ذكرنا. وقد صرّح بذلك في «المختلف [٢]» في الوقف والشهادات. قال في «المختلف»: ويحتمل عندي ثبوته بشاهد ويمين وإن لم ينتقل إليه، لأنّه يحلف لتحصيل غلّته ومنفعته فكان المقصود المال. واعترضه في «المسالك» بأنّ المنفعة تابعة لثبوت أصل الوقف الّذي يتعذّر إثباته بذلك [٣]. وأنت تعلم أنّ المصنّف يريد إثبات أصل الوقف لكون منفعته مالاً فالاعتراض عليه لا وجه له أصلاً قطعاً.

فقد تحصّل أنّه يقبل فيه مطلقاً إلّا إذا كان الموقوف عليهم غير محصورين لكونه حينئذٍ لا يمكن الحلف، وعليه الأكثر.

قوله: ﴿ولا فرق بين أن يكون ... إلخ﴾ لعموم النصوص [٤] والفتاوى.

---

(١) سيأتي في ص ٣٨٥.
(٢) مختلف الشيعة: ج ٦ ص ٢٩٥، وج ٨ ص ٥٢٣.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥١٥.
(٤) وسائل الشيعة: ج١٨ص١٩٢ ـ ١٩٨ ب ١٤ و١٥ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

ويشترط شهادة الشاهد أوّلاً وثبوت عدالته قبل اليمين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويشترط شهادة الشاهد أوّلاً وثبوت عدالته قبل اليمين﴾ هذا ممّا لا يختلف فيه اثنان من أصحابنا. وذهب بعض العامّة[1] إلى عدم الترتيب بينهما، لأنّ اليمين بمنزلة الشاهد ولا ترتيب بين شهادة أحد الشاهدين مع الآخر فكذا ما قام مقامه.

وفيه: إنّ المدّعي وظيفته البيّنة لا اليمين بالأصالة، فإذا أقام شاهده صارت البيّنة الّتي هي وظيفته ناقصة وتمّمها اليمين بالنصّ، بخلاف ما لو قدّم اليمين فإنّه يكون ابتداً بما ليس وظيفته ولم يتقدم ما يكون متمّماً له. أمّا ثبوت عدالة الشاهد فلا تترتّب على شهادته بل المعتبر العلم بها، كذا قال في «المسالك[2]».

وفيه نظر ظاهر، لأنّهم ـ صلوات الله عليهم ـ حكموا بالشاهد واليمين، والواو لمطلق الجمع على الصحيح. ولذلك تأمّل «صاحب المجمع[3] والكفاية[4]» في الحكم، قالا: لأنّهم علّلوه بتعليل ضعيف.

قلت: الوجه في الحكم ما يستفاد من الأخبار كخبر محمّد بن سنان عن الرضا عليه السلام الّذي رواه في «العلل[5] وعيون أخبار الرضا عليه السلام[6]» من أنّ جانب المنكر لموافقته الظاهر أقوى من جانب المدّعي، والبيّنة أقوى من اليمين لانتفاء التهمة عنها، فجعلت الحجّة القويّة ـ أعني البيّنة ـ على المدّعي لتنجبر ضعف دعواه واقتنع من المنكر بالحجّة الضعيفة لقوة جانبه. وهنا كان الأمر بالعكس، لأنّ

---

(١) انظر روضة الطالبين: ج ١٠ ص ٥٢.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٣.
(٤) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٠٩.
(٥) علل الشرائع: ب ٣٢٨ ص ٥٤٢ ح ٢.
(٦) عيون أخبار الرضا عليه السلام: ب ٣٢ ج ٢ ص ٩٦ ح ١.

فلو حلف قبل أداء الشهادة أو بعدها قبل التعديل وقعت لاغية وافتقر إلى إعادتها. والأقرب أن الحكم يتمّ بالشاهد واليمين معاً لا بأحدهما.

جانب المدّعي أقوى مع الشاهد الواحد من جانب المنكر. وقد استفيد من النصّ أنّه إنّما يحلف من يقوى جانبه، ولم يعلم الحاكم قوّة جانب المدّعي إلّا بعد شهادة الشاهد أوّلاً. فقد ظهر الحكم واتّضح الدليل، على أن في الإجماع بلاغاً.

هذا، وبعض العامّة جوّز تقديم اليمين على التعديل.

قوله: ﴿وقعت لاغية وافتقر إلى إعادتها﴾ أي إن طلب الحقّ، وهذا هو المراد من قوله في «الإرشاد»: وجب إعادتها[1]، إذ لا معنى للوجوب مطلقاً.

وهل تتوقّف على طلب المدّعي أم على طلب الحاكم أم لا تتوقّف على شيء؟ احتمالات أقواها توقّفها على طلب الحاكم فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والأقرب أنّ الحكم يتمّ بالشاهد واليمين معاً لا بأحدهما﴾ كما في «الدروس[2] والإيضاح[3] والتحرير[4] والإرشاد[5] والمجمع[6] وتعليق الإرشاد[7]» للمحقّق الثاني، لأنّ النصوص إنّما تضمّنت القضاء بهما معاً حيث قال ﷺ: قضى بالشاهد واليمين[8].

ولا يخفى ما في العبارة من الحزازة، لأنّ التماميّة قطعاً موقوفة على الشاهد

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٢.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٧.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٤.
(٥) لم يجزم في الإرشاد بالحكم، بل استشكل فيه، راجع الإرشاد: ج ٢ ص ١٦٢.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٤.
(٧) حاشية الإرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٧٧.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٩٢ ب ١٤ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى.

والفائدة الغرم مع الرجوع.

واليمين على الترتيب السالف مع كون اليمين بإذن الحاكم كما عرفت، فلو قال: والحكم بالشاهد واليمين لا بأحدهما، لكان أوضح فتأمّل.

واحتمل الفاضل العميدي[1] والشهيد في «غاية المراد[2]» ـ كما هو ظاهر المصنّف ـ أن يكون باليمين خاصّة ويكون الشاهد هو الّذي قضى بانتقال اليمين من جانب المدّعى عليه إلى جانب المدّعي. وقد رماه الفاضل الهندي بالضعف[3]، وأنت إذا عرفت ما رددنا به بعض العامّة حيث ذهب إلى أن لا ترتيب بين الشاهد واليمين عرفت أنّ هذا الاحتمال قويّ. ويؤيّده أنّ المعلول إنّما يحصل بعده وأنّه كالقسامة مع الشاهد الواحد، فليتأمّل فيه، فإنّ المقام مقام تأمّل.

واحتمل المصنّف أيضاً وولده أن يكون الحكم ثبت بالشاهد بشرط اليمين[4]، فيكون كطلب المدّعي لحكم الحاكم بعد ثبوت المدّعى بالبيّنة ونحوها. وهو ضعيف جدّاً. ولعلّ الوجه فيه أنّ اليمين قول المدّعي وقوله ليس بحجّة.

قوله: ﴿والفائدة﴾ في ﴿الغرم مع الرجوع﴾ يريد أنّ الفائدة في اختلاف الوجوه ثبوت الغرم وعدمه وقدره مع رجوع الشاهد عن شهادته، فعلى الأوّل يغرم النصف. وعلى الثاني لا يغرم شيئاً، وقد يقال: يغرم الكلّ، لأنّ اليمين إنّما تفوت به. وعلى الثالث يغرم الكل.

هذا، وقد أهملوا بيان الحكم فيما إذا رجع المدّعي بعد حلفه، والظاهر أنّه يُرجع ما أخذه إلى المدّعى عليه عيناً أو مثلاً أو قيمة، ولا يغرم الشاهد حينئذٍ وإن رجع. هذا ما يقتضيه الظاهر ولعلّهم يحكمون بخلاف ذلك، فليتأمّل.

---

(١) كنزالفوائد: ج ٣ ص ٤٩٩.
(٢) غاية المراد: ج ٤ ص ١٥٠ ـ ١٥١.
(٣) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٤٠.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٤٨.

ولا يثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلّا بحلف كلّ واحد منهم،

وينقدح هنا إشكال فيما إذا رجع المزكّي خاصّة عن التزكية، لأنّ هذا البحث جارٍ على الظاهر في التزكية. والإشكال ينشأ من أنّ الحكم هل ثبت بالشهادة أو بها مع التزكية؟ والأقوى أنّ الحكم إنّما ثبت بالشهادة بشرط التزكية، فليتأمّل.

والتحقيق فيما نحن فيه أنّ احتمال التنصيف قائم على اختلاف الوجوه الثلاثة لمكان المدخليّة فتسقط الثمرة.

بيان ذلك: أنّ المراد بالمدخليّة هو أن يكون لأحدهما مدخل ما مع الآخر، سواء كانا جزءي علّة أو أحدهما علّة والآخر شرطاً أو مزيلاً للمانع، فيغرم المزكّي أيضاً إذا رجع عن التزكية. و قد تقرّر في الكلام، أنّه لا يلزم من وجود المعلول عند الجزء الأخير من العلّة كون ذلك الجزء علّة تامّة. والحاصل أنّ المسألة تحتاج إلى فضل تأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لا تثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلّا بحلف كلّ واحد منهم﴾ يريد أنّه إذا أقام الجماعة الشاهد الواحد على كلّ الحقّ المدّعى لا يكفي لإثبات الحقّ يمين واحدة من أيّهم كانت، لأنّه لابدّ من اليمين على كلّ الحقّ، وليس ذلك لواحد حتّى يحلف عليه، ولا تصحّ غير يمين صاحب الحقّ، ولا يلزم من ثبوت حقّ واحد ثبوت حقّ الآخر لقيام احتمال أخذ الآخر وإبرائه ونحو ذلك، فلابدّ من حلف الجميع إلّا إذا كان فيهم طفل أو مجنون فإنه يوقف إلى الكمال.

وبما ذكر يفرق بين اليمين والشاهد، وذلك أنّ اليمين متعلّقها مال الحالف، وليس للإنسان أن يحلف لإثبات مال غيره، بخلاف الشاهد فإنّ الأصل أن تثبت

فمن حلف ثبت نصيبه دون الممتنع.

وليس لولد الناكل بعد موته أن يحلف إلّا في الوقف.

ولو مات قبل النكول فلولده أن يحلف،

شهادته مال الغير ولا يترتّب على شهادته لنفسه أثر فليتأمّل. وتمام الكلام يأتي[1] إن شاء الله تعالى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فمن حلف ثبت نصيبه دون نصيب الممتنع﴾ أي ما دام ممتنعاً. ولا فرق في ذلك بين أن يحكم الحاكم عليه بالنكول أم لا، فالتقييد بحكم الحاكم بالنكول لا وجه له.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وليس لولد الناكل بعد موته أن يحلف إلّا في الوقف﴾ الوجه في ذلك: أنّه إنّما ينتقل إلى الولد ما ملكه والنكول مسقط للملك. هذا إذا كان أبوه مدّعياً مع شاهد واحد كما هو الظاهر من السّوق، ومثله ما إذا كان مدّعياً وردّت اليمين عليه. وكذا إذا كان منكراً ونكل عنها بعد ردّ الحاكم اليمين على المدّعي، لأنّ الردّ قضاء بالنكول، أمّا قبله فله أن يحلف، وكذا على القول بأنّه يقضى عليه بمجرّد نكوله من دون ردّ.

وأمّا استثناؤه الوقف، فلأنّه ليس ميراثاً من أبيه، لأنّه لا ينتقل من البطن الأُولى إلى الثاني بل من الواقف على الأصحّ كما يأتي[2]، و يحتمل أن يكون لا فرق بينه وبين المالك، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو مات قبل النكول فلولده أن يحلف﴾ لعدم سقوط الملك وقيام الوارث مقامه.

---

(١) سيأتي في ص ٣٧٦.

(٢) سيأتي في ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨.

وفي وجوب إعادة الشهادة إشكال.

ولابدّ من معرفة كيفيّة حلف الولد، فإن كان المراد أنّه يحلف أنّه يستحقه الآن كما كان لأبيه أن يحلف كذلك كفاه الحلف وإن أقام المدّعى عليه بعد ذلك بيّنة بالبراءة أو الانتقال إليه. لكن في سماع حلف الولد كذلك نظر ظاهر وإنّما يسمع منه إذا حلف أنّه كان لأبيه إن كان يعلم. ولكن لا يكفيه هذا الحلف إلّا إذا لم يثبت المدّعى عليه البراءة أو الانتقال ولم يحلف على عدم استحقاق الولد، لأنّ للمنكر في هذه الصورة أن يحلف على عدم الاستحقاق، ولا كذلك في الصورة الأولى إن صحّت فإنّه لا يحلف كذلك، كما هو الشأن في الوالد، فإنّ الوالد إذا حلف على استحقاقه الآن لا يحلف المنكر على العدم. تأمّل فإنّه ربّما دقّ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وفي وجوب إعادة الشهادة إشكال﴾ هذا الإشكال مبنيّ على أنّ دعوى الوارث هل هي دعوى جديدة أو لا؟ يحتمل الأوّل لتغاير المدّعيين، ويحتمل الثاني لاتّحاد الدعوى ولأنّه قائم مقامه، كذا بيّنوه. وقد يقوى الأوّل بأنّه إنّما ورث حقّ الدعوى، كما يقوى الثاني بالأصل ولأنّه قد يموت الشاهد أو يفوت فيضيع الحقّ، فالأقرب عدم الإعادة كما نقل عن بعض [والظاهر أنّه قطب الدين](١).

ويبقى الكلام في مقامات:

الأوّل: إنّه لا إشكال في عدم إعادة الشهادة لو كان فيهم غائب ثمّ حضر، لأنّ إقامة الشهادة كانت للمجموع وحقوق الورثة كالحقّ الواحد. وكذا إذا بلغ الصبيّ أو عقل المجنون، لما ذكرنا، ولأنّ وليّهما قد أشهده عليه، وإنّما بقي اليمين لعدم

---

(١) لم يرد في بعض المخطوطات، ولعلّها كانت حاشية خُلطت بالمتن.

ولو ورث الناكل الحالف قبل الاستيفاء استوفى المحلوف عليه ما لم يكذبه في الدعوى.

صلاحيّة صاحب اليمين، وليس هنا دعوى اُخرى، فكانا بمنزلة الغائب وقد ادّعى له وكيله وأشهد وبقي اليمين موقوفة على الحضور فمات فإنّ وارثه يقوم مقامه.

ولا إشكال في وجوب الإعادة فيما ادّعى اثنان الوصية لهما فحلف أحدهما مع شاهده والآخر غائب. والفرق انفصال حقّه عن حقّ صاحبه، بخلاف حقوق الورثة فإنّها تثبت أوّلاً للمورث ثم تنتقل إلى الوارث والمورث واحد. وأمّا لو أقام شاهداً آخر فقد قطع المصنّف في غير هذا الكتاب[1] بوجوب إعادة الشهادة، واستشكل فيه في «الدروس[2]» لأنّه لا يشترط اجتماع الشهود. ولعلّ هذا أقوى.

المقام الثاني: إنّ المصنّف أطلق الإشكال في الوارث ولم يفرّق بين أن يكون الحقّ وقفاً أو غيره من الحقوق، ولعلّ ذلك مقيّد بما سلف له من أنّه لولد الناكل بعد موته أن يحلف في الوقف فيكون هنا جازماً بإعادتها في الوقف، لأنّه لم يتلقّاه الولد عن والده الّذي أقام الشاهد إنّما يتلقّاه عن الواقف بدعوى مستأنفة.

المقام الثالث: إنّه إذا أقرّ المدّعي بعد موت الوالد وشهد به واحد كان للولد الحلف بعد الشهادة كما كان يحلف أبوه وكفاه وإن أقام المدّعى عليه بيّنة بالبراءة أو الانتقال، لأنّ هذا الحلف ليس ممّا قام فيه مقام أبيه ولا هذه الدعوى دعواه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ورث الناكلُ الحالفَ قبل الاستيفاء استوفى المحلوف عليه ما لم يكذّبه في الدعوى﴾ أمّا الاستيفاء المحلوف عليه فلثبوت ملكه له، وأمّا منعه إذا كذّبه فلأخذه بإقراره.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٦.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٨.

ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه قطعاً. ولا يكتفي بما يجده مكتوباً بخطّه وإن كان محفوظاً عنده وعلم عدم التزوير وكذا ما يجده بخطّ مورّثه.

ولا يحلف ليثبت مالاً لغيره. فلو ادّعى غريم الميّت مالاً للميّت على غيره وأقام شاهداً حلف الوارث

مثاله: أخوان ادّعيا بحقّ فحلف أحدهما ونكل الآخر ثمّ مات الحالف وورثه الناكل واستوفى الحقّ من الخصم ما لم يكذّب أخاه في أصل الدعوى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه قطعاً﴾ أي لا يجوز أن يحلف يمين بتّ من لم يقطع. وهذا ضابط كلّي مطّرد في جميع الدعاوي اللوث وغيره، ونقل عن بعض الناس [1] أنّه يجوز الحلف استناداً إلى قول العدل، وهو ضعيف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن كان محفوظاً عنده﴾ كما هو الشأن في الشهادة، لاحتمال أن يكون قد لعب أو سها أو مشق أو تعمّد الكذب في كتابته. وكذا الشأن فيما يجده بخطّ مورثه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يحلف ليثبت مالاً لغيره﴾ ذكر ذلك الأصحاب قاطعين به، ولم أجد فيه نصّاً، وليس في العقل ما يمنع منه، وإلّا لما وقع مثله في القرآن الكريم [2] في قضيّة بدى وبديل كما سلف [3]. ولعلّهم شكّوا في

---

(١) نقله الشيخ ﷺ في المبسوط: ج ٧ ص ٢١٦، كتاب القسامة.

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿يا أيّها الّذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت ...﴾ المائدة: ١٠٦.

(٣) تقدّم في ص ٢١٥ والآية نزلت في عديّ بن بدي وتميم الداري وبُديل، فراجع.

وإن كان الدين مستوعباً، فإن امتنع الوارث لم يحلف الغريم ولا يجبر الوارث على اليمين.

شمول أخبار الحلف لإثبات مال الغير، وفيه نظر، وللكلام مجال لو لا الإجماع وان كان. والشهيد ـ رحمه الله تعالى ـ احتمل فيما ادّعى غريم الميّت مالاً للميّت على غيره تحليف الغريم إذا امتنع الوارث من الحلف كما يأتي. وقد قالوا في القسامة: إنّ الأقارب يحلفون في الخطأ لإثبات مال الوليّ المدّعي.

قوله: ﴿وإن كان الدين مستوعباً﴾ للتركة لأنّها حينئذ إمّا على حكم مال الميّت أو تنتقل إلى الوارث وعليهما فليست من مال الغريم، فيحلف الوارث فيهما، أمّا على الثاني فظاهر، وأمّا على الأوّل فلما سلف من ثبوت الوقف باليمين[1] وإن قلنا إنّه يبقى على حكم مال الميّت، ولأنّ الوارث أولى بالعين والمحاكمة على القولين كما مرّ تحقيقه في كتاب الفرائض[2]، أو نقول كما قال بعض: إنّا ننزّل الوارث منزلة المالك فيقوم مقامه في الحلف لو كان حيّاً.

قوله: ﴿لم يحلف الغريم﴾ احتمل الشهيد[3] إحلافه، لأنّه إذا ثبت صار إليه كالوارث. وهو أحد قولي الشافعي[4].

قوله: ﴿ولا يُجبر الوارث على اليمين﴾ لأنّه على القول ببقائه على حكم مال الميّت إذا ثبت يكون له الخيار في أخذ العين وعدمه، لأنّ ذلك حقّه وقد ثبت أنّ له الخيار في حقّه إثباتاً وإسقاطاً. وكذا على القول بأنّه ينتقل إليه، مضافاً إلى الأصل، ولأنّه قد لا يعلم ذلك فكيف يحلف؟ وللغريم حينئذٍ محاكمة المدّعى

---

(١) سلف في ص ٣٦٦.

(٢) مرّ في ج ٨ ص ٨٨ ـ ٩١.

(٣) انظر الدروس الشرعيّة: ج ٢ ص ٩٥.

(٤) راجع الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ٨٣.

وكذا لو ادّعى رهناً أو أقام شاهداً أنّه للراهن لم يحلف، لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

ويحلف الورثة لإثبات مال مورثهم ويُقسم فريضةً، فإن امتنع بعضهم سقط نصيبه ولم يزاحم الحالف. ولو كان وصيّة اقتسموه بالسويّة إلّا أن يفضل، فإن امتنع بعضهم لم يشارك الحالف.

عليه، فإن حلف برأ من الغريم لا من الوارث. فإذا حلف الوارث ثبت المال وكان للغريم أخذه. وهل يشترط قبل أخذه له قبض الوارث أم يجوز له أخذه من الغريم وإن كان قد حلف له؟ لأنّ هذا حقّ تجدّد للميّت بحلف الوارث، وهو لمّا وجب عليه الرضا بالحلف لم يطالبه من حيث إنّه حلف له بل إنّما طالبه من حيث حلف الوارث الّذي صيّره تركة للميّت.

قوله: ﴿وكذا لو ادّعى رهناً ... إلخ﴾ أي إذا ادّعى المرتهن رهناً وأقام شاهداً أنّه للراهن لم يحلف، لأنّه مال الغير ولا يجدي تعلّق حقّه به. ولا يُجبر الراهن على الحلف إن امتنع، واحتمله الشهيد[1]. وهو قويّ إذا استلزم الامتناع تفويت حقّ المرتهن، فتأمّل. ومع احتمال الإجبار لا حاجة إلى احتمال إحلاف المرتهن. وكذا القول في غريم المفلّس لو كان له شاهد بمال.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويُقسم فريضة﴾ الضمير في «يُقسم» راجع إلى المال لا إلى اليمين، أي يُقسم المال بينهم فريضة كما فرض الله بينهم في الإرث لا على حسب الأيمان.

قوله: ﴿فإن امتنع بعضهم سقط نصيبه﴾ لأنّه بتركه لليمين صار كأنّه

---

(١) لم نعثر عليه.

غير وارث فحكمه حكم المعدوم، وحينئذٍ يظهر الفرق بينه وبين ما إذا ادّعيا على أحد مالاً وذكرا سبباً موجباً للشركة كالإرث، فإنّه إذا أقرّ لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه، لأنّ غير المقرّ له في هذا الفرض لم يسقط نصيبه ولم يجعل نفسه كالمعدوم، فالمقرّ له تلقّى الملك من إقرار ذي اليد وقد كان مقرّاً بأنّه إرث فيشاركه أخوه، لأنّه لم يسقط نصيبه منه. بخلاف ما نحن فيه فإنّه بنكوله وامتناعه أسقط نفسه، ولم يقبل منه لو بذلها على أحد الاحتمالين، وإنّما يُقبل منه الشاهد الآخر كما يأتي [1]. هذا إذا لم يقض عليه الحاكم بالنكول وأمّا إذا قضى عليه بذلك فلا كلام في عدم القبول، بل قد احتمل المصنّف فيما سيأتي [2] أنّ نكوله بمنزلة حلف المدّعى عليه. والحاصل أنّه بنكوله صار كأنّه معترف بعدم الحقّ المدّعى فكيف شارك أخاه؟ ولا فرق حينئذٍ بين العين والدين.

فإن قلت: إن لم يشارك أخاه فليشاركه أخوه لأن كان مقرّاً بأنّه إرث.

قلت: الإقرار إذا استند إلى سبب فلم يثبت عاد المقرّ به إلى المقرّ كما أشار إلى ذلك الشيخ في «المبسوط [3]» في غير هذه المسألة، وهنا كذلك.

فإن قلت: إنّ السبب ثابت في حقّ المقرّ بحلفه مع الشاهد، فيكفي ذلك في المشاركة وإن لم يثبت في حقّ المقرّ له بالنكول.

قلت: الإقرار إنّما كان على أنّه إرث مستحقّ لهما ولمّا نكل وصار كأنّه معترف بعدم الحقّ احتملنا أنّه أخذ حقّه أو أبرأ منه أو انتقل إلى المدّعى عليه، فلم يثبت السبب في حقّ المقرّ، لأنّ يمينه وشاهده إنّما قضيا باستحقاقه وعدم إبرائه، لا باستحقاق أخيه وعدم إبرائه. فكان السبب في الاستحقاق عند الحاكم هو

---

(١) سيأتي في الصفحة الآتية.

(٢) سيأتي في ص ٤٠٦.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٢ و ١٩١.

الشاهد واليمين من كلّ منهما لمكان احتمال الإبراء، وإلّا لكفت يمين أحدهما مع الشاهد عن يمين الآخر مع أنّها لا تكفي إجماعاً كما مرّ في المسألة السالفة، وهو ما إذا ادّعى جماعة مع الشاهد فقد حكم الجميع أنّه لابدّ من حلف كلّ منهم على انفراده وقالوا: لا يكفي حلف أحدهم لاحتمال الإبراء.

وبهذا التحقيق ـ الّذي وفّق الله تعالى إليه ـ يندفع اعتراض الشهيد الثاني في «المسالك[1]» عمّن فرّق بين المسألتين بأنّ السبب فيما نحن فيه الشاهد واليمين فلو أثبتنا الشركة لملّكنا الناكل بيمين غيره بخلاف تلك، فردّه في «المسالك» بأنّ سبب الملك ليس هو اليمين بل هو الأمر السابق من إرث أو وصيّة واليمين كاشفة[2] انتهى.

وأنت إذا أمعنت النظر فيما ذكرنا علمت أنّه في «المسالك» [أنّه][3] لم يمعن النظر في كلام الأصحاب. ومن العجيب! أنّه لم يتعرّض لذلك أحد ممّن كتب على هذا الكتاب مع ما يجدونه في «المسالك» من المناقشة. ونقل فيها أيضاً أنّه فرّق آخرون بأنّهم خصّوا ما نحن فيه بالدين والمثال بالعين وأعيان التركة مشتركة بين الورثة، والمصدّق معترف بأنّه من التركة، بخلاف الدين فإنّما يتعيّن بالتعيين والقبض، فالّذي أخذه الحالف تعيّن لنفسه بالقبض فلم يشارك الآخر فيه[4]. قال في «المسالك» بعد نقله لهذا الفرق: وهذا الحكم مبنيّ على ما إذا استوفى بعض الشركاء نصيبه من الدين هل يشاركه الآخر أم لا؟ وهذه التخصيصات لا توافق مذهب المصنّف من مشاركة الشريك في الدين فيما قبضه الآخر، ومع ذلك فلو انعكس الفرض انعكس الحكم[5].

قلت: هذا الفرق صرّح به في «التحرير» لكنّه خصّه في الغائب، قال: ولا شركة

(١ و٢ و٤ و٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥١٨ و٥١٩.

(٣) موجود في النسخ، لكنّه زائد.

ولو كان بعضهم صبيّاً أو مجنوناً وقف نصيبه، فإن بلغ رشيداً حلف واستحقّ وإلّا فلا.

للغائب فيما أخذ الحاضر إذا كانت الدعوى ديناً، أمّا لو كانت عيناً وأخذ نصيبه منها بالشاهد واليمين فإنّ الغائب إذا حضر وامتنع من اليمين أخذ نصيبه ممّا أخذه كما لو ادّعى الوارثان عيناً فأقرّ المتشبّث لأحدهما فصالحه كان للآخر الشركة [1].

قلت: وهناك تنزيل آخر، وهو أن يخصّ ما نحن فيه بالدين بمعنى أنّه إذا أخذ حصّته ممّا أثبته على المدّعى عليه في الدين كأن يكون للمدّعى عليه ديناً في ذمّة المدّعي فحاسبه به من طرف نصيبه الّذي أثبته عليه بالشاهد واليمين وحينئذٍ فلا يشاركه فيه أحد من الشركاء كما في «الإرشاد [2]» في باب الشهادة. هذا إذا لم يحلف الآخر، أمّا إذا حلف أيضاً فإن كان نصيب الأوّل لم يدفع إليه فلا بحث، وإن كان دفع إليه ففي الشركة تردّد ـ كما سيشير إليه المصنّف [3] ـ من وجود السبب المقتضي للشركة ومن حكم الشارع بانتزاع ذلك القدر فهو أبلغ من القسمة برضاهما. وتظهر الفائدة في النماء الحاصل. وذلك بخلاف ما إذا كان عيناً عند المدّعى عليه أو ديناً في ذمّته فأخذ حصّته منه فإنّه يشارك الآخذ غيره من الشركاء فيما أخذ كما هو مختار المصنّف فيما عدا «التحرير» والمحقّق [4] وجماعة [5].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن بلغ رشيداً حلف﴾ أي أو أفاق

---

(١) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٧٦.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٣.
(٣) سيأتي في ص ٣٨٤.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٣.
(٥) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥١٩، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٨، والسبزواري في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٢.

ولو مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه.

المجنون. وقيّد بالرشد للدلالة على أنّ مجرّد العقل والبلوغ ليس كافياً للحلف، فلو لم يرشد المجنون والصبيّ بعد العقل والبلوغ لم يصحّ حلفه.

وحينئذٍ فيدخل السفيه على تأمّل، لأنّ السفه منع تصرّفه في المال، وأمّا أنّه منعه من إدخال مال بيمينه فغير واضح، نعم إذا امتنع من الحلف لم يسقط الحقّ لأنّه تصرّف مالي. وكأنّ المصنّف لم يذكره لأنّه ممّن يذهب إلى أنّ تصرّفه المالي مطلقاً ممنوع مثل إجارة نفسه لكسب المال ونحوها.

لا يقال: لا يمين إلّا مع العلم وكيف يمكن هنا في حقّ الصبيّ العلم؟ لأنّا نقول: يمكن ذلك بالسماع من جماعة لا يضمّهم قيد المواطاة بحيث يحصل له.

لا يقال: فليحكم بالثبوت إذن لحصول العلم للحاكم أيضاً، لأنّا نقول: لا تلازم كما هو الشأن في الشاهد، فإنّه يشهد بالاستفاضة مع إمكان الوصول إلى الحاكم، والحاصل أنّ المدّعي قد يحصل له ذلك بأن يسمع في بلد آخر غير بلد الحاكم أو فيه مع عدم اطّلاع الحاكم عليه.

ثمّ إن كانت الدعوى في الإرث لم يفتقر إلى إعادة الشهادة وإن لم يأت الوليّ بالشاهد، وإن كان في الوصيّة افتقر إن لم يأت الوليّ به كما مرّ تحقيقه[١].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف واستيفاء نصيبه﴾ أي لو مات الصبيّ والمجنون قبل الكمال أو قبل الحلف كان للوارث استيفاء النصيب بعد الحلف، لكن بالتفصيل السابق من إعادة الشهادة في الوصيّة إن لم يأت بها الوليّ ... إلى آخر ما ذكرناه.

---

(١) تقدّم في ص ٣٧٥.

ولا يجب أخذ نصيب المولّى عليه من الغريم.
وهل يطالب بكفيل؟ إشكال.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يجب أخذ نصيب المولّى عليه من الغريم﴾ لو عبّر بعدم الجواز ـ كما هو ظاهر «الإرشاد[1]» وصريح «المسالك[2] والمجمع[3]» ـ كان أوضح. قال في «التحرير»: لو حلف بعضهم مع الشاهد احتمل أخذ نصيب الغائب من يد المدّعى عليه وعدمه[4]، فتردّد في الغائب ولم يذكر حال غيره. ويجيء على ما نقلنا عنه في «التحرير» من فرقه بين العين والدين أن يأخذ العين دون الدين.

والحقّ عدم الجواز مطلقاً كما هو ظاهر المصنّف هنا، لعدم الثبوت كما هو ظاهر، نعم يجب ذلك على الوليّ إن علم بالاستحقاق وتمكّن من الأخذ ولو قهراً أو اختلاساً فإنّ في التأخير تعريضاً للتلف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهل يطالب بكفيل؟ إشكال﴾ الأقوى العدم عملاً بأصل البراءة ولعدم ثبوت الحقّ على التمام وإن جعلنا اليمين شرطاً وتكليف المدّعى عليه بذلك تكليف بما لا يثبت موجبه كما هو الشأن فيما لو أقام المدّعي بيّنة وتوقّفت على التعديل كما هو المختار. ووجه الجواز من ثبوت الحقّ في الجملة بالشاهد ويمين الكامل أو بالشاهد إن كانت اليمين شرطاً مع احتمال ضياع المال بدون التكفيل فتأمّل.

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٢.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٠.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٤٦٥.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٦.

وهل للمولّى عليه شركة فيما يقبضه الحالف؟ الأقرب ذلك إن كمل وحلف.

فروع

الأوّل: لو ادّعى بعض الورثة الوقف من مورثهم عليهم وعلى نسلهم حلفوا مع الشاهد وقضي لهم، وإن امتنعوا حكم بالمدّعى ميراثاً،

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهل للمولّى عليه شركة فيما يقتضيه[1] الحالف؟ الأقرب ذلك إن كمل وحلف﴾ دلّ هذا بمفهوم الشرط على عدم المشاركة بدون الحلف عيناً كان أو ديناً كما مرّ تحقيقه[2]، وأمّا إذا حلف فيحتمل عدم المشاركة، لما مرّ من أنّ حكم الشارع بانتزاع ما قبضه أبلغ من القسمة بالتراضي. وقد قرّب المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ الشركة لوجود السبب المقتضي لها من الإرث أو الوصيّة، إذ المفروض اعتراف الحالف بذلك، والاستيفاء ليس بقسمة عيناً كان أو دينا. نعم من قال: إنّ الدين يتعيّن بالتعيين يخصّ ذلك بالعين، فتأمّل.

قوله ﴿قدس سره﴾: ﴿فروع﴾ ذكر المصنّف رحمه الله تعالى سبعة فروع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿حلفوا مع الشاهد الواحد وقضي لهم﴾ هذا منه بناء على ما اختاره من ثبوت الوقف بالشاهد الواحد واليمين، فيقضى لهم بالوقفيّة ولم يوف منه دين ولا وصيّة.

قوله: ﴿وإن امتنعوا حكم بالمدّعى ميراثاً﴾ المراد أنّه يحكم بالمدّعي

---

(١) في المتن: يقبضه، وكلاهما صحيحان.

(٢) تقدّم في ص ٣٧٩ ـ ٣٨١.

لكن يحكم على مدّعي الوقف بوقفيّة نصيبه في حقّه لا في حقّ الدُيّان.

ولو حلف بعضهم ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً وينحصر فيه الديون والوصايا والفاضل ميراث، وما يحصل من الفاضل للمدّعين الّذين لم يحلفوا يكون وقفاً.

جميعه أنّه ميراث لكن بالنسبة إلى باقي الورثة و إلى الديون والوصايا، لا بالنسبة إلى مدّعي الوقف، فإنّه يحكم عليهم بوقفيّة نصيبهم في حقّهم أخذاً بإقرارهم، لافي حقّ الدّيان لأنّهم تعلّق حقّهم بالتركة.

وقيّده في «التحرير[١] والدروس[٢]» بما إذا استوعب الدين التركة ولم يصدّقهم صاحب الدين على ذلك. وفيه تأمّل، إذ لا فرق في ذلك بين الاستيعاب وعدمه، إذ لا أقلّ من تعلّق حقّهم بها، كذا قال الأُستاذ ـ أدام الله حراسته ـ [ومثل ذلك الوصيّة فإنّه لا يكون وقفاً بالنسبة إليها أيضاً][٣].

قوله: ﴿ولو حلف بعضهم ثبت نصيب الحالف وقفاً وكان الباقي طلقاً﴾ بالنسبة إلى غير المدّعي.

قوله: ﴿وينحصر فيه الديون والوصايا﴾ أي ينحصر في الباقي الديون والوصايا وكذا الإرث، إن لم يكن غيره فالحصر حقيقي وإلّا فإضافيّ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فالفاضل ميراث﴾ هذه العبارة ذات وجهين:

الأوّل: يكون المراد أنّه يكون ميراثاً ويقسّم قسمته على غير الحالفين بقرينة

---

(١) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٧٦.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٩.

(٣) لم يرد في نسخة.

قوله: «وما يحصل من الفاضل للمدّعين الّذين لم يحلفوا يكون وقفاً» حيث قيّده بمن لم يحلفوا، فيكون المصنّف موافقاً للشيخ في «المبسوط[1]» وغير تابع للمحقّق على عبارته كما في «المسالك[2]» ويكون الوجه في ذلك اعترافهم بأنّه لا نصيب لهم إلّا ما أخذوه.

الثاني: أن نقطع النظر عن القيد الأخير فيكون ظاهره ظاهر المحقّق[3] كصريح «التحرير[4]» من اشتراك جميع الورثة فيه. قال في «المسالك»: ووجهه أنّ الورثة الّذين لم يدّعوا الوقف وهم المستحقّون لهذه الحصّة يعترفون بأنّها حقّ لجميع الورثة وإن كان بعضهم ـ وهو مدّعي الوقف ـ قد ظلم بأخذ حصّته منه بيمينه، فلا يُحسب عليه ما أخذه من حقّه في الباقي، لأنّه معينٌ ـ وهي الدار المفروضة ـ لا مشاع، فيؤاخذون بإقرارهم ويقسّم على الحالف وغيره. وعلى هذا فما يحصل للحالف يكون وقفاً على الناكل، لأنّ الحالف يعترف لهم بذلك[5].

قلت: فيه نظر ظاهر، وذلك لأنّهم إنّما يعترفون بالاشتراك في الجميع وأنّ ما أخذه الحالف بالوقفيّة إنّما استحقّه بالإرث، والحالف معترف بأنّه لا يستحقّ إلّا ما أخذه. ثمّ قوله في «المسالك»: «ما يحصل للحالف يكون وقفاً على الناكل» فيه نظر أيضاً، لأنّه إذا زاد نصيب مدّعي الوقفيّة من جهة الإرث على نصيبه من جهة الوقف كان الزائد مجهول المالك وليس وقفاً على الناكل، لأنّه بنكوله قد حجره الشارع عن أخذ مازاد عن نصيبه إرثاً، ولو لا هذا الحجر لكان له، لأنّه يدّعيه والحالف وباقي الورثة لا يدّعونه، فيكون ـ لو لا الحجر الشرعي ـ كمسألة الكيس المطروح بين جماعة وادّعاه أحدهم، وليس وقفاً على الحالف أيضاً كما في

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٩.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٥.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٤.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٧.

(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦.

ولو انقرض الممتنع كان للبطن الثاني الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقّهم بامتناع الأوّل.

«التحرير[١]» لأنّ الحالف لايدّعي أكثر ممّا أخذه بشاهده ويمينه، فكان مجهول المالك كما هو الظاهر عند التأمّل وإمعان النظر.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو انقرض الممتنع من اليمين كان للبطن الثاني الحلف مع الشاهد، ولا يبطل حقّهم بامتناع الأوّل﴾ يريد أنّه إذا انقرض الممتنعون والحالفون معاً كان لأولاد الممتنعين الحلف بناءً على أنّهم إنّما يتلقّون الوقف من الواقف، وهو خلاف الأشهر كما في «المسالك[٢]». وعليه فلابدّ لهم من اليمين. وإن قلنا: إنّهم يتلقّونه من آبائهم بطل حقّهم، لأنّهم أسقطوا حقّهم بالامتناع.

قلت: الظاهر أنّ ما أخذه آباؤهم إرثاً حين امتناعهم يكون وقفاً في حقّ أولادهم كما كان في حقّهم أخذاً بإقرارهم. وأمّا إذا انقرض الممتنعون والحالفون أحياء فنصيبهم للحالفين على ما شرط الواقف بإقرارهم. وهل يتوجّه عليه يمين؟ وجهان يبنيان على أولاد الحالفين هل يحلفون أم لا؟ كما يأتي بيانه[٣] فإن قلنا: بعدم افتقارهم إلى الحلف فهنا أولى فتأمّل، وإن قلنا: بافتقارهم إليه جاء هنا وجهان من انتقال الحقّ إلى الثاني عن غيره فيفتقر إلى الحلف، ومن كونه قد حلف مرّة وصار من أهل الوقف فيستحقّ على حسب ما شرط الواقف تارةً أقلّ وتارةً أكثر، فلابدّ من تقييد إطلاق عبارة المصنّف بما ذكرنا إلا أن تقول: إنّ المصنّف يذهب هنا إلى أنّه لا ينصرف إلى الحالفين بل إلى البطن الثاني وهم أولاد

---

(١) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٧٦.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٣.
(٣) سيأتي في ص ٣٨٩.

الممتنعين، ولذا أطلق العبارة، وهو بعيد.

وينبغي التنبيه على اُمور: وهو أنّه إذا مات الحالفون قبل الناكلين فهناك ثلاثة وجوه:

أحدها: ـ وهو أقواها ـ ما ذهب إليه الشيخ في «المبسوط[1]» من أنّه ينصرف حقّهم إلى البطن الثاني، لأنّه بنكول الناكل سقط وصار كالمعدوم، وإذا عدم البطن الأوّل كان الاستحقاق للثاني، لكن أهل البطن الثاني هل يحلفون أم لا؟ وجهان مبنيّان على أنّ أهل البطن الثاني هل يتلقّون الوقف من البطن الأوّل أو من الواقف؟ فإن قلنا بالأوّل فلا حاجة إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثمّ مات فإنّ وارثه يأخذه بغير يمين، ولأنّه قد ثبت وقفيّته بحجّة فيدوم. وإن قلنا بالثاني لم يأخذوا إلّا باليمين.

وقد يقال: وإن كانوا يأخذون عن الواقف فهم الخلفاء عن المستحقّين أوّلاً فلا يحتاجون إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً للميّت بشاهد ويمين وللميّت غريم، فإنّ له أن يأخذ بغير يمين. وكذا الشأن في البطن الثالث والرابع. وكذا الفقراء لو كان الاستحقاق بعد الأولاد إليهم، ولا سيّما إذا كان الفقراء غير محصورين فإنّا لو قلنا بتوجّه اليمين عليهم بطل الوقف لعدم إمكان إثباته باليمين وعادت الدار إرثاً بيمين أو بدونه على الوجهين أو تعود حينئذٍ إلى أقرب الناس إلى الواقف، فيكون كالوقف المنقطع ويجري فيه ما يجري فيه من الخلاف، على أنّ القول بالانتقال من البطن الأوّل لا من الواقف أشهر القولين كما صرّح به في «المسالك[2]»، وحينئذٍ فيأخذ البطن الثاني حق البطن الأوّل الحالفين بدون يمين كما هو ظاهر «المبسوط[3]».

(١ و ٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٩ و ٢٠٠.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٣.

الثاني: لو ادّعى الوقف عليه وعلى أولاده وقف ترتيب حلف مع شاهده،

الثاني من الوجوه: أنّه يصرف إلى الناكلين لأنّه قضيّة الوقف، ولا يمكن صرفه للبطن الثاني لبقاء البطن الأوّل ولأنّهم أقرب الناس إلى الواقف. وقد علمت ممّا مضى ـ في شرح المسألة الّتي قبل هذه ـ ضعف هذا الوجه، مضافاً إلى ما ذكرناه في هذه أيضاً، فتذكّر.

الثالث: ـ وهو أضعفها ـ أنّه وقف تعذّر مصرفه، لأنّه لا يمكن صرفه إلى الباقين من البطن الأوّل لنكولهم، ولا إلى البطن الثاني، لأنّ شرط استحقاقه انقراض الأوّل، فإذا تعذّر مصرف الوقف بطل كمنقطع الآخر ويرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف. ويحتمل صرفه على هذا في وجوه البرّ، كما هو الشأن فيما إذا بطل رسم المصلحة الموقوف عليها. وعلى هذا إذا زال المانع بأن مات الناكل انتقل إلى البطن الثاني وجاء في حلفه ما مرّ.

الأمر الثاني إذا مات أحد الحالفين صرف نصيبه إلى الآخرين الحالفين، وإن لم يبق إلّا واحد. وهل يتوجّه عليهم يمين؟ وجهان أقواهما العدم، ولا سيّما إذا كان أولادهم لا يحلفون فهنا أولى قطعاً.

وممّا ذكرنا يعلم الحال فيما إذا حلفوا جميعاً ثمّ ماتوا، فإنّه ينتقل إلى أولادهم بدون حلف على أقوى الاحتمالين كما عرفت. وممّا ذكرناه في شرح عبارة المصنّف يعلم حكم ما إذا امتنعوا جميعاً وماتوا فإنّه للبطن الثاني الحلف ولا تبطل حقّهم بامتناع الأوّل، إذ لا فرق في ذلك بين امتناع الكلّ أو امتناع البعض.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لو ادّعى الوقف عليه وعلى أولاده

ولا يلزم الأولاد بعده يمين اُخرى. وكذا لو آل إلى الفقراء أو المصالح لانقراض البطون.

وقف ترتيب حلف مع شاهده﴾ هذا علم حكمه ممّا سبق وإنّما أعاده توطئة لما بعده. وقد يمكن الاستغناء في هذه المسألة بذكر قسم التشريك وبجعله قسماً للسابقة ويبين[1] الفرق.

قوله: ﴿ولا يلزم الأولاد بعده يمين اُخرى﴾ كما في «الشرائع[2] والتحرير[3]» في أوّل كلامه و«الإرشاد[4]» في باب الشهادة و«الدروس[5] والمسالك[6]» وهو أشهر القولين كما في «المسالك» لأنّ هذا القول مبنيّ على تلقّيهم له من مورّثهم استناداً إلى ما تقدّمت الإشارة إليه[7] من أنّه قد ثبت كونه وقفاً بحجّة فيستدام كما لو ثبت بشاهدين، ولأنّه حقّ ثبت لمستحقّ فلا يفتقر المستحقّ بعده إلى اليمين، كما لو كان أثبت الوارث للمدّعي ملكاً ... إلى آخر ما ذكرنا، بل احتملنا عدم الحلف وإن كانوا يأخذون عن الواقف لأن كانوا خلفاء عن المستحقّين أوّلاً فلا يحتاجون إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكاً للميّت بشاهد ويمين وللميّت غريم فإنّ له أن يأخذه بغير يمين.

قوله: ﴿وكذا لو آل إلى الفقراء والمصالح العامّة لانقراض البطون﴾ عطف المصالح العامّة على الفقراء يدلّ على إرادة غير المحصورين، وحينئذٍ لا تتوجّه اليمين جزماً لعدم الانحصار، وقد علمت فيما مضى[8] أنّه قيل

---

(١) في الحجريّة: تبين، وفي نسختين خطّيّتين: بين.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٤.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٧.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٣.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٩.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٣.
(٧) تقدّم في ص ٣٨٧.
(٨) تقدّم في ص ٣٨٨.

وإن كان وقف تشريك افتقر البطن الثاني إلى اليمين، لأنّها بعد وجودها تصير كالموجودة وقت الدعوى. ويحتمل في الأوّل ذلك،

حينئذٍ ببطلان الوقف، لأنّه لا يثبت من دون يمين وهي هنا متعذّرة فيرجع إرثاً أو تعود إلى الواقف ... إلى آخر ما ذكرناه. ويحتمل ثبوت الوقف وإن تلقّاه من الواقف لمكان الضرورة الناشئة من تعذّر اليمين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن كان وقف تشريك افتقر البطن الثاني إلى اليمين﴾ قطع به الأصحاب من غير نقل خلاف، لأنّ البطن الثاني على تقدير التشريك بمنزلة البطن الأوّل في أنّه يتلقّى الوقف من الواقف بلا واسطة، فلم يكن له شيء منه بغير يمين، بخلاف الأوّل فإنّه يتلقّى الوقف بواسطة البطن الأوّل فكان كالتابع فلذا وقع فيه الخلاف. وقال بعض الناس: إنّما يفتقر البطن الثاني إلى اليمين في التشريك ما لم يحكم الحاكم بثبوت الوقف، وفيه تأمّل، لأن البطن الثاني كالبطن الأوّل إذا حلف بعض ونكل آخر، إلّا أن نقول: هنا قد حكم الحاكم على المال جميعه بأنّه وقف، وقد يقال: إنّه إنّما ثبت في حقّ البطن الأوّل ثبوتاً متزلزلاً فتأمّل جيداً. ويأتي [1] ما يشير إلى ذلك.

قوله: ﴿كالموجودة وقت الدعوى﴾ لأنّها متّفقة مع الدعوى رتبة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويحتمل في الأوّل ذلك﴾ هذا الاحتمال خيرة الإيضاح [2] لما ذكر المصنّف من الأخذ من الواقف لا من البطن الأوّل، فلا تثبت لهم يمين غيرهم. وقد عرفت الحال في المقام.

ويبقى الكلام فيما إذا نكلوا، فيحتمل أنّه يختصّ بهم ميراثاً ويكون حكمه

---

(١) سيأتي في ص ٣٩٨.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.

لأنّ البطن الثاني يأخذ من الواقف لا من البطن الأوّل.

الثالث: لو ادّعى ثلاثة بنين تشريك الوقف بينهم وبين البطون فحلفوا ثمّ صار لأحدهم ولد وقف له الربع من حين يولد.

حكم الوقف من الحجر عن التصرّفات ولم يشاركهم غيرهم من ورثة الواقف الأقربين لإثبات مورثهم اختصاصهم به وقفاً كما إذا ثبت اختصاصهم بملكيّة شيء، وفيه تأمّل فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وُقف له الربع من حين يولد﴾ أي يعزل له نماء الربع إلى حين بلوغه ورشده، ولا يُعطى ولا يُسلّم إلى وليّه على أصحّ احتمالين، لعدم ثبوت الحقّ له بالفعل بمجرّد إقرار الموقوف عليهم الموجودين المتصرّفين كما إذا كان إقرارهم بغير الموقوف.

قال في «المسالك»: والفرق بينه وبين الإقرار أنّه منحصر في حقّ أنفسهم ولهذا لم يلزم فيه يمين، بخلاف الوقف فإنّ اعترافهم به اعتراف في حقّ البطون اللاحقة وفي حقّ أنفسهم، ومن ثمّ احتيج مع اعترافهم إلى اليمين مع الشاهد [١].

وفيه نظر، فإنّ البطون اللاحقة إنّما لهم حقّ في العين لا في النماء بالفعل فإنّه منحصر في الموجودين. فبناءً على ذلك يلزمهم أن يعطوا نماء الربع إلى وليّه ليصرفه فيه كغيره من الأموال إذا أقرّ به للطفل، لأنّ النماء الموجود بالفعل الّذي لا يحتمل أن يوجد آخر فيشاركهم فيه، ملك لهم منحصر فيهم لو لا هذا الطفل، نعم للبطون الاُخر نصيب في العين كما عرفت. ومن هنا يظهر قوّة الاحتمال الثاني فيما إذا بلغ ونكل، وهو أنّه يصرف إليه كما يأتي، لو لا ما فيه من أنّه يستلزم إسقاط

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٢٩.

فإن حلف بعد بلوغه أخذ. وإن امتنع قيل: يرجع الربع إلى الثلاثة، لأنّهم أثبتوه بحلفهم ولا مزاحم إذ بامتناعه جرى مجرى المعدوم، ويشكل باعتراف الأولاد بعدم استحقاقهم له،

اليمين عنه رأساً، وقد قالوا: إنّه لابدّ من اليمين كما يأتي [١] الكلام فيه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن حلف بعد بلوغه﴾ كاملاً ﴿أخذ﴾ ولا استبعاد في الحلف كما تقدّمت الإشارة إليه [٢] لإمكان تحصيل العلم بسماعه ذلك من جماعة يحصل بقولهم العلم ومن جملتهم الشاهد والشركاء.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن امتنع قيل: يرجع الربع إلى الثلاثة﴾ القائل هو الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ في «المبسوط [٣]» وفي «الإرشاد [٤]» نسبه إليه ولم يتعقّبه بشيء. والوجه فيه ما ذكره المصنّف: من أنّهم أثبتوه لأنفسهم قبل وجوده بحجّة شرعيّة، وهو بنكوله صار بمنزلة العدم فكأنّه لم يوجد، فيكون الكلّ لهم كما كان.

وقد أورد الشيخ على نفسه [٥] ما أورده عليه المحقّق [٦] والمصنّف هنا وفي «التحرير [٧]» من اعتراف الأولاد بعدم استحقاقهم له. وأجاب في «المبسوط» بأنّ الإقرار إذا استند إلى سبب فلم يثبت عاد المقرّ به إلى المقرّ [٨]. وردّه في «غاية المراد [٩] والمسالك [١٠]» بما حاصله: أنّ السبب ثابت في حقّ المقرّ بحلفه مع الشاهد وإن لم يثبت في حقّ المقرّ له، ولازم ذلك انتقال المقرّ به عمّن ثبت السبب

---

(١) سيأتي في ص ٣٩٧.
(٢) تقدّم في ص ٣٨٤.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠١.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٦٣.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٢.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٤.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٧٨.
(٨) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٢.
(٩) غاية المراد: ج ٤ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.
(١٠) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٣١.

فيُصرف إلى الناكل، ولا يصرف إلى المدّعى عليه أوّلاً ولا إلى ورثته.

في حقّه وإن لم يثبت في حقّ الآخر.

قلت: ولا يمكن الجواب عن هذا بما أجبنا به هناك فيما إذا ادّعى جماعة مالاً لمورثهم. ويدفعه أيضاً أنّ النكول قد يكون استعظاماً لليمين أو لعدم معرفته لصغره وعدم سماعه، فهو يدّعيه ويقول: إنّه له لكنّه لم يحلف، فكيف يحلّ لهم الأخذ بمجرّد نكوله؟ وهذه المسألة ليست كالمسألة السابقة أعني ما إذا ادّعى جماعة مالاً لمورثهم وحلف بعضهم ونكل الآخر فإنّه لا يشاركه فيما أخذ لقيام احتمال الإبراء أو الاستيفاء إن كان فيهم صبيّ فلقيام احتمال استيفاء وليّه، وأمّا هنا فلا شيء من الاحتمالات، فباينت هذه في الحكم وإن شاركت في الدليل، فتذكّر.

قوله: ﴿فيُصرف إلى الناكل﴾ هذا هو القول الثاني في المسألة، فهو ظاهر «غاية المراد[1] والمسالك[2]». والوجه فيه أنّك قد علمت أنّ النماء ملك للأولاد ومنحصر فيهم والبطون الأُخر إنّما لهم نصيب في العين، وقد أقرّ المالك بأنّ ربع النماء للناكل فتؤخذ بإقراره، وقد علمت أنّ الناكل ليس منكراً استحقاقه، بل هو طالب قائل إنّه له غير أنّه لم يحلف كما هو المفروض. فلو أنكر الاستحقاق ـ كما يأتي في كلام المصنّف ـ لم يدفع إليه قطعاً كما نبّه عليه في «غاية المراد[3]» وليس فيه إلّا أنّه يلزم أن تسقط اليمين رأساً ولا مانع من ذلك، بل يقولون: لا حاجة إليها، لأنّه أخذ ربع النماء من مالكه بالفعل بإقراره فلا يمين.

والقول الثالث: التفصيل وهو أنّه يصرف إلى الناكل إن لم يكن له منازع، فلو

---

(١) غاية المراد: ج ٤ ص ١٥٦.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٥٣١.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ١٥٧.

ولو مات أحد الثلاثة قبل بلوغ الصغير عزل له الثلث من حين وفاة الميّت، لصيرورة الوقف أثلاثاً.

كان له منازع من وارث أو صاحب دين أو وصيّة وامتنع من اليمين أو مات الشاهد صرف إلى ذلك المنازع كما نبّه عليه أيضاً الفاضل العميدي [1].

والقول الرابع: أنّه يصرف إلى المدّعى عليه، وقد أشار المصنّف إلى منعه بقوله: «ولا يصرف إلى المدّعى عليه أوّلاً ولا إلى ورثته» واستند إلى ردّه في «التحرير» بأنّه قد انتزع من يده بحجّة وثبت استحقاقهم فلا يردّ إليه [2].

وفيه نظر ظاهر، وهو أنّ قاعدة اليمين مع الشاهد تنفيه، لأنّه إنّما ثبت ثبوتاً متزلزلاً ولم تتمّ الحجّة، لأنّ المتجدّد أحد المدّعيين وإنّما تثبت الدعوى إذا حلفوا جميعاً، فإذا لم يحلف أحدهم صرف نصيبه إلى المدّعى عليه أو وارثه إن كان غير المدّعي وإلّا فإلى الناكل. وربّما ظهر من «الدروس [3]» اختياره.

وخامس الوجوه: أنّه وقف تعذّر مصرفه إلى الإخوة وإلى الولد فيصرف إمّا إلى البرّ، أو إلى الواقف وورثته غير الإخوة. وهذا القيد في هذا القول لابدّ منه، وإن أغفله الجميع.

وتنقيح هذه المسائل نقضاً وإبراماً على وجه الاختصار والإيجاز ممّا لم يوجد في غير هذا الشرح، وصاحب «المسالك» ـ رحمه الله تعالى ـ وإن أتى بما لم يأت غيره إلّا أنّه أغفل كثيراً ممّا ذكرنا، والله سبحانه هو المستعان.

قوله: ﴿فلو مات ... إلخ﴾ هذا من جملة الفروض على الفرض المذكور.

---

(١) كنزالفوائد: ج ٣ ص ٥٠٣.
(٢) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٧٨.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠٠.

وقد كان له الربع إلى حين الوفاة، فإن حلف بعد كما له أخذ الجميع وإن نكل كان الربع إلى حين الوفاة بين ورثة الميّت والباقين أثلاثاً، والثلث من حين الوفاة للباقين، وفيه الإشكال.

قوله: ﴿وقد كان الربع إلى حين الوفاة﴾ يريد أنّه حينئذٍ يعزل له الثلث وقد كان له الربع فيكمل له الربع بنصف سدس فيعزل له أربعة من اثني عشر بعد أن كان له واحد من أربعة.

قوله: ﴿أخذ الجميع﴾ وهو الربع إلى حين الوفاة وتمام الثلث من حين الوفاة إلى أن حلف.

قوله: ﴿وإن نكل كان الربع إلى حين الوفاة بين ورثة الميّت والباقين أثلاثاً﴾ المراد بورثة الميّت ما عدا أولاده، لأنّه لو كان له أولاد لكان حكمهم حكم الولد الّذي صار لأحدهم، وهذا مبنيّ على قول الشيخ[1]، فمعناه أنّه يكون الربع من حين ولادته إلى حين الوفاة للأخوين الباقيين وورثة الأخ الميّت لظهور أنّهم هم أرباب الوقف في ذلك الوقف فيقسّم الربع بينهم أثلاثاً.

قوله: ﴿والثلث من حين الوفاة للباقين﴾ أي وكان الثلث من حين الوفاة إلى حين النكول للأخوين خاصّة دون ورثة الميّت، إذ المفروض أنّهم ليسوا بأولاد له، فمن حين وفاته تنتقل حصّته إلى أخويه دون ورثته. وإنّما استحقّ الورثة من الربع لظهور أنّه كان لمورثهم فيه نصيب.

ويريد بالإشكال الإشكال المتقدّم.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠١.

ويمكن رجوعه إليه لا إلى المدّعى عليه. ولو أكذب الناكل الواقف لم يردّ عليه شيء قطعاً وكان للحالفين أو للواقف، لأنّه وقف تعذّر مصرفه فيرجع إلى ورثة الواقف.

الرابع: لو ادّعى البطن الأوّل الوقف على الترتيب وحلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثاني بعد وجودهم: إنّه وقف تشريك، كانت الخصومة بينهم وبين البطن الأوّل، فإن أقاموا شاهداً واحداً حلفوا معه وتشاركوا ولهم مطالبتهم بحصّتهم من النماء من حين وجودهم.

قوله: ﴿ويمكن رجوعه إليه﴾ أي يمكن رجوعه إلى الناكل بالتقريب السالف كما أنّه يمكن صرفه إلى المدّعى عليه بالتقريب المتقدّم.

قوله: ﴿ولو أكذب الناكل الوقف﴾ أي أنكر استحقاقه.

قوله: ﴿كان للحالفين﴾ أي على قول الشيخ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿الرابع: لو ادّعى البطن الأوّل ... إلخ﴾ هذا الفرع لم أجد أحداً ذكره وقد بيّنه المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ أي لا يحتاج إلى البيان، لكن بقي الكلام في شيء وهو أنّه لو جاء البطن الثاني وادّعوا التشريك قبل حلف الأوّلين فإنّهم يكونون خصماء لهم ولغيرهم من الورثة. فلو نكلوا حينئذٍ هل يعود الوقف ميراثاً أم لا؟ قلنا: لا ريب في أنّه لا يعود إذا لم ينكل الأوّلون، لأنّهم إذا ادّعوا الاختصاص وحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم لو نكل الأوّلون وحلف الآخرون صار نصيب الأوّلين ميراثاً. ولو جاء البطن الثاني وادّعوا التشريك بعد حلف الأوّلين وأقاموا شاهداً لكنّهم نكلوا فإنّه يخلص الوقف للأوّلين وإن بقي منهم واحد.

الخامس: لو ادّعى البطن الأوّل الوقف مرتباً ونكلوا عن اليمين مع شاهدهم فوجد البطن الثاني احتمل إحلافهم وعدمه إلى أن يموت البطن الأوّل، ومنشأ التردّد جعل النكول كالإعدام واعتراف الثاني بنفي استحقاقهم الآن.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿الخامس: لو ادّعى البطن الأوّل الوقف مرتباً ... إلى قوله: احتمل إحلافهم وعدمه إلى أن يموت﴾ ذكر المصنّف في المسألة احتمالين وهي ذات احتمالات أربعة:

الأوّل: إنّهم يحلفون لإجراء الناكلين مجرى المعدومين، فكأنّ البطن الأوّل قد انقرضوا، لأنّ المانع إنّما هو استحقاق البطن الأوّل لا وجوده.

الثاني: إنّهم لا يحلفون إلى أن يموت البطن الأوّل، لأنّ البطن الثاني معترفون بنفي استحقاقهم الآن مع تلقّيهم الوقف من الواقف فلهم اليمين بعد موتهم.

وهذان ذكرهما المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ ولم يبيّن حال النماء، فعلى الأوّل الحكم ظاهر فيأخذه البطن الثاني، وعلى الثاني يحتمل أن يبقى على الملكيّة المجهولة إلى أن يحلف البطن الأوّل أو يموت ويحلف الثاني، فيكون النماء إلى حين حلف الأوّل إن حلف له، وإن لم يحلف إلى أن مات كان الجميع إلى الثاني، ويحتمل أن يكون لورثة الواقف.

الثالث: العدم مطلقاً لأنّهم إنّما يتلقّون الوقف بواسطة الأوّلين لمكان الترتيب وقد أبطلوا حقّهم بالنكول فيكون المال إرثاً.

الرابع: ما ذكره السيّد في «حاشيته[1]»: إنّهم يحلفون الآن ولا يثبت حقّهم حتّى

---

(١) لم نقف عليه ولا على حاشيته.

ولو حلف بعضهم ثمّ مات احتمل صرف نصيبه إلى الناكل وإلى ولد الحالف وإلى الواقف لتعذّر المصرف.

ينقرض البطن الأوّل ويكون النماء لورثة الواقف.

قلت: أو يبقى موقوفاً إلى أن يموت البطن الأوّل، فإن بقي البطن الثاني الحالف كان له وإلا صرف إلى ورثة الواقف، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو حلف بعضهم ثمّ مات احتمل صرف نصيبه إلى الناكل﴾ يريد أنّه لو حلف بعض البطن الأوّل ثمّ مات فهناك احتمالات ثلاثة ذكرها الشيخ في «المبسوط» قال: فيه ثلاثة أقوال، قال قوم: تصرف في إخوته، لأنّه لا يمكن ردّه إلى البطن الثاني لبقاء البطن الأوّل[1]. وإلى هذا القول أشار المصنف بقوله: «احتمل صرف نصيبه إلى الناكل» يعني إخوته الذين نكلوا عن اليمين.

قلت: هل يصرف إليهم بيمين أو دونها؟ احتمالان، فإن كان التلقّي عن الميّت فلا يمين وإلّا فباليمين، فإن أوجبنا عليهم اليمين ولم يحلفوا فكما لو نكل كلّ من في البطن الأوّل في الاحتمالات السالفة.

قال الشيخ: وقال بعضهم ينتقل إلى أقرب الناس إلى الواقف[2]. وهو الاحتمال الّذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وإلى الواقف لتعذّر المصرف»، ومراده لو كان الواقف باقياً فإليه وإلّا فإلى ورثته.

قلت: هذا هو الأقوى، لكن إذا مات الناكلون كان للبطن الثاني الأخذ بيمين بالطريق الأولى. ووجه تعذّر الصرف أنّ الناكل لمكان نكوله يمنع منه وإلّا

(١ و٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٩٩.

السادس: لو ادّعى إعتاق عبد في ملكه وهو في يد غيره لم يحلف مع شاهده، لأنّه يُثبت الحرّية.

لاستحقّه من دون يمين أصلاً ولم يكن للنكول أثر، ولوجود الناكلين ـ إن قلنا: إنّ الوجود مانع ـ لا يمكن صرفه إلى البطن الثاني، فقد تعذّر مصرفه وقد صحّ في الابتداء فيردّ إلى الوارث مع دوام تعذّر المصرف، فإذا زال التعذّر صُرف إلى البطن الثاني مع اليمين.

قال الشيخ: وقالت الفرقة الثالثة ينتقل إلى البطن الثاني، لأنّ الأوّل قد ردّه، ولا يمكن ردّه إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأنّ البطن الأوّل باق، فلم يبق غير البطن الثاني. قال: وهذا القول عندي أقوى من غيره [1].

قلت: لعلّ الشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ بناه على التلقّي من الأوّل، فكأنّ الشيخ قال: هو أقوى لتنزيل الناكل بمنزلة المعدوم وثبوت الوقفيّة إن قلنا بالتلقّي من الأوّل، فقد ظهر وجهه وبانت قوّته، فَضَعُف ما في «الإيضاح» حيث قال: وهذا أضعف الأقوال، لأنّه ليس بميراث، فإنّه إنّما استحقّه بالوقف، وهذا أيضاً يضادّ حكم الوقف الثابت، لأنّ حكمه منع البطن الثاني منه مع بقاء البطن الأوّل ولا وجه له عندي [2] انتهى. فليلحظ ما ذكرنا. وإلى هذا القول أشار المصنّف بقوله: «ولولد الحالف».

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿السادس لو ادّعى إعتاق عبد في ملكه لم يحلف مع شاهده، لأنّه ثبت الحرّية﴾ أشار بذلك إلى ما ذهب

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٠٠.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٢.

إليه الشيخ من أنّه يحلف مع شاهده وتثبت حرّيّته نظراً إلى أنّه يدّعي ملكاً متقدّماً على العتق وحجّته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت الملك ترتّب عليه العتق بإقراره. وبيانه: أنّ المدّعي إذا قال: كان مالي فأعتقته، فإقراره بالعتق لا يجدي قبل إثبات الملكيّة، لأنّه إقرار في حق الغير، لكنّه يقوّم دعواه، إذ قوله: «كان مالي» لا يُسمع، إذ لعلّه باعه لمن هو في يده أو أبرأه، فقوله: «فأعتقته» ينفي ذلك، فرجعت الدعوى إلى أنّ هذا مالي سابقاً ولم ينتقل عنّي إلى من هو في يده ولا إلى غيره بمملّك شرعيّ. فكان حاصل الدعوى إثبات الملك لأن كان إقراره الآن بالعتق غير مسموع لأنّه مترتّب على ملكه ولم يثبت بمجرّد الدعوى، فإذا شهد شاهده وحلف معه ثبت ملكه له ولم تثبت حرّيّته بالشاهد واليمين، لأنّها إنّما تثبت بشاهدين لكن بعد ثبوته بالشاهد، واليمين يثبت عتقه بإقراره.

وعلى هذا يتّجه كلام الشيخ ويندفع عنه اعتراض المحقّق والمصنّف هنا وفي «التحرير» بأنّه إنّما يثبت الحرّيّة دون المال. وعليه يكون الحلف من المولى لأنّه يدّعي الملكيّة له لا من العبد كما صرّح به جميع من ذكر هذا الفرع، فسقط ما في «المسالك» من أن الحالف هو العبد، إلّا أن يدّعيه لأجل إثبات الولاء فيحلف الوليّ.

ويريد ما ذكرنا ما قال الشهيد في هذا الفرع، قال في «الدروس»: ففي حلفه قولان يلتفتان إلى ثبوت العتق بذلك أو أنّ المدّعى به في الحال مال. ولم يعترض بشيء، وذلك يدل على أنّه احتمل أن يكون مراد الشيخ ما ذكرنا، فتأمّل.

وهناك وجه آخر في المسألة لا في قول الشيخ، لأنّه إنّما أراد ما ذكرنا، وهو أن يقال: إنّ الحرّيّة مال بالنسبة إلى العبد فيحلف العبد مع شاهده.

ولو ادّعى جارية ذات ولد في يد الغير ونسب الولد وأنّها أمّ ولده حلف مع شاهده ليثبت الرقّية دون الولد، ويثبت حكم الاستيلاد بإقراره.

ووجه آخر فيها أيضاً أنّه إذا أراد المدّعي بذلك إثبات الولاء لنفسه احتمل الثبوت على القول بجريان الشاهد واليمين في الولاء أو فيما يثبت الولاء، لأن كان الولاء يستلزم عقلاً وارثاً، لكن في جريانه في الولاء نظر فضلاً عمّا يستلزم الولاء.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ادّعى جارية ذات ولد في يد الغير وادّعى نسب الولد وأنّها أمّ ولده حلف مع شاهده ليثبت الرقّية دون الولد ويثبت حكم الاستيلاد بإقراره﴾.

تضمّن هذا الفرع أربعة أحكام، أحدها: أنّها مملوكة له، وهذا لا إشكال في ثبوته بالشاهد واليمين كما في «التحرير والإرشاد والشرائع والمجمع والمسالك» لأنّ أمّ الولد ممّا يملك. الثاني: أنّها أمّ ولده، وهذا يحكم به باعترافه لا بالشاهد واليمين فإن ملك الولد أو تحرّر لحق به وعتقت من نصيبه. الثالث والرابع: نسب الولد وأنّه حرّ، وقد حكم هنا وفي «التحرير والإرشاد» والمحقّق في «الشرائع» والشهيدان في «الدروس والمسالك»: أنّه لا يثبت بذلك، لأنّ النسب والعتق لا يثبت بالشاهد واليمين، أمّا النسب فموضع وفاق، وأمّا العتق فإنّا وإن قلنا بثبوته به لكنّه هنا تابع للنسب لا واقع بالذات وانتفاء المتبوع يستتبع التابع.

قال في «المجمع»: وفيه تأمّل لمكان اللزوم ولأنّ نسب الولد يثبت بالإقرار مع عدم المنازع فتأمّل انتهى.

قلت: يريد باللزوم أنّا إذا حكمنا له بالجارية تبعها الولد لأنّه فرعها، فكان كما

السابع: يحلف في دعوى قتل الخطأ وشبهه مع الشاهد لا في العمد، نعم يكون شهادة الشاهد لوثا تثبت معه الدعوى بالقسامة.

لو ثبت غصب جارية فإنّه يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب، ولأنّ الاستيلاد يقتضي ذلك، ولأنّه كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلك دون الآخر، فيثبت عتقه بالشاهد واليمين بناء على ثبوت العتق بهما، ولا يقدح فيه التبعيّة، لأنّه مدّعى به في الجملة. وأمّا قوله: «إنّ نسب الولد يثبت بالإقرار مع عدم المنازع» ففيه: إنّهم ذكروا في باب الإقرار بالنسب بالابن: أنّه لو كان مملوكاً ينعتق عليه، فإن أراد أنّه يثبت في حقّه إذا ملكه أو تحرّر فلا نخالفه على ذلك، وإن أراد الآن فقد علمت أنّه نصّ على خلافه، فتأمّل.

وقال في «المسالك»: والأظهر عدم الثبوت، لأنّه لا يدّعي تملّك الولد ولا عتقه وإنّما يدّعي نسبه وحرّيّته وهما لا يثبتان بهذه الحجّة، وعلى هذا فيبقى الولد في يد صاحب اليد كما هو المشهور، بل لم أجد أحداً صرّح بخلاف ذلك ممّن تعرّض لهذا الفرع.

قوله: ﴿السابع: يحلف في دعوى قتل الخطأ وشبهه مع الشاهد لا في العمد﴾ يريد بشبه الخطأ كلّ ما يوجب الدية أصالة. وهذا الحكم ذكره الأصحاب من غير نقل خلاف، لكنّي وجدت الفاضل ابن حمزة قال في آخر «الوسيلة»: إنّه يجب فيما يوجب المال كقتل الخطأ وشبهه مع الشاهد الواحد خمسة وعشرون يميناً، وقال في قتل العمد: إنّه إذا أقام شاهداً واحداً كانت القسامة خمسة وعشرين يميناً[1]. والأصحاب على ما أشار المصنّف هنا بقوله:

---

(١) الوسيلة: ص ٤٦٠.

الفصل السادس: في النكول

والأقرب أنّه لا يُقضى به بل يُردّ اليمين على المدّعي. ولو نكل المدّعي سقطت دعواه في الحال وله إعادتها في غير المجلس.

«نعم تكون شهادة الشاهد ـ أي في العمد ـ لوثاً تثبت معه الدعوى بالقسامة» معناه أنّه لابدّ مع الشاهد من خمسين يميناً. فالشاهد لوث والحكم يثبت بالأيمان كما يثبت بها مع اللوث بغير شاهد، وقد علمت أنّ ابن حمزة لم يجعل الشاهد لوثاً بل جعله قائماً مقام خمس وعشرين يميناً وأوجب معه في الخطأ أيضاً خمسة وعشرين يميناً، والأصحاب أوجبوا معه يميناً واحدة كما عرفت.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والأقرب أنّه لا يقضى به بل يُردّ اليمين على المدّعي﴾ قد تقدّم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في الفصل الثاني فيما يترتّب على الدعوى. وليعلم: أنّ جميع مسائل هذا الفصل من أوّله إلى آخره تقدّم الكلام فيها مستوفى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو نكل المدّعي سقطت دعواه في الحال وله إعادتها في غير المجلس﴾ سيحتمل عن قريب: أنّ نكوله كحلف المدّعى عليه في سقوط حقّه عنه ظاهراً وباطناً في الدنيا كما هو ظاهر الأكثر، بل ادّعي عليه الإجماع تارةً ونُفي عنه العلم بالخلاف اُخرى، والأخبار ناطقة به وقد تقدّم الكلام فيه مستوفى في الفصل الثاني فيما يترتّب على الدعوى وأشرنا إليه في الفصل الثالث أيضاً وفي الفصل الثاني في الحالف، لأنّ المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ تكرّر منه ذكر هذا الحكم، فتارة استشكل، وتارة جزم، وتارة

وإنّما يُردّ على المدّعي إذا تمّ النكول بأن يقول: لا أحلف، أو: أنا ناكِل، أو يسكت، ويقول القاضي: احلف.

وينبغي للحاكم أن يعرض له اليمين ثلاث مرّات ويشرح له حكم النكول.

نقل الإجماع على الإطلاق، وهنا احتمل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإنّما يُردّ على المدّعي إذا تمّ النكول بأن يقول: أنا لا أحلف، أو أنا ناكِل، أو يسكت﴾ حكم المصنّف هنا بأنّه عند السكوت يكون ناكلاً ويردّ الحاكم اليمين على المدّعي. وفي «المختلف[1]» أنكر أن يكون السكوت نكولاً، وحكم فيه وفي «التحرير[2] والإرشاد[3]» وفي مبحث السكوت من هذا الكتاب: بالحبس، ونسب القول بردّ اليمين إلى القيل. وقد أشرنا إلى ذلك هناك[4] واستوفينا الكلام فيه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وينبغي [للحاكم] أن يعرض له اليمين ثلاث مرّات﴾ هذه العبارة مع سابقها وهو قوله: «ويقول له القاضي: احلف» تدلّان على أنّه إنّما يجب الأمر بالحلف. وأمّا قوله: «إن حلفت وإلّا جعلتك ناكلاً» فإنّه مستحبّ ولا يجب فيه الثلاث ولا الواحدة للأصل. وقد تقدّم الكلام في المسألة مفصّلاً[5]، وأشرنا هناك إلى مذهبه هنا في مبحث الإنكار في الفصل الثاني فيما يترتّب على الدعوى. قال فخر المحقّقين في «الإيضاح» ما نصّه: معنى العرض أن يقول له الحاكم وقت اليمين المعتدّ بها: قل: والله لا أحلف، وقصر عليه[6].

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٦٥.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٦.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٥.
(٤) تقدّم في ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩.
(٥) تقدّم في ص ٢١١.
(٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٣.

فإن لم يشرح وقضى بالنكول فرجع وقال: لم أعرف حكم النكول، ففي جواز الحلف إشكال. وحيث منعناه لو رضي المدّعي بيمينه فالأقرب جوازه. ويحتمل أن يكون نكول المدّعي كحلف المدّعى عليه.

قوله: ﴿ففي جواز الحلف إشكال﴾ جزم في «التحرير[١]» بالنفوذ لحكم الحاكم بالنكول عند تحقّقه ولم يظهر خطؤه فصارت اليمين حقّاً للمدّعي وانتفاء الدليل على عذر الجاهل هنا. ووجه العدم: أنّ اليمين حقّه في الأصل والأصل بقاؤه إلى أن يردّه إلى المدّعي، والنكول مع العلم بحكمه قرينة على الردّ، بخلافه مع الجهل.

قوله: ﴿وحيث منعناه لو رضي المدّعي بيمينه فالأقرب الجواز﴾ هذا الحكم كما في «التحرير» عامّ لكلّ موضع حكم فيه بالنكول وأنّه ليس له الرجوع إلى اليمين، فإنّه إذا رضي المدّعي بيمينه جاز[٢]. وقد مضى أنّه مذهب الشيخ وابن حمزة لأنّ الحقّ لا يعدوهما وقد رضيا به. ويحتمل العدم لمكان حكم الحاكم بنكول المنكر وتوجّه اليمين على المدّعي فلا أثر للتراضي.

وفيه: إنّ الحاكم إنّما حكم بأنّها صارت حقّاً للمدّعي، فإذا كان كذلك جاز له التصرّف بحقّه بنقل أو إسقاط، فتأمّل.

قوله: ﴿ويحتمل أن يكون نكول المدّعي كحلف المدّعى عليه﴾ كان الأولى ذكره مع سابقه، أو تأخير سابقه إليه، فليتأمّل. وقضيّة كونه كحلف المدّعى عليه أن لا تُسمع دعواه أصلاً ولو أتى ببيّنة كما هو الشأن في

(١ و ٢) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٨٠ و ١٨١.

ولو حلف فهو كإقرار الخصم أو كالبيّنة؟ إشكال، لكن يستحقّ الحقّ به.

المشبّه به كما عليه الأكثر، لكنّه في «التحرير» بعد أن قال: إنّه كحلف المدّعى عليه جوّز سماع دعواه مع البيّنة [1] وظاهره التناقض، وقد تأوّلنا كلامه هذا في الفصل الثاني فليراجع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو حلف﴾ فهل ﴿هو كإقرار الخصم أو كالبيّنة؟ إشكال﴾ قد تقدّم الكلام في الفصل الثاني أيضاً، وبيّنّا هناك أنّ القول بأنّه كإقرار الخصم خيرة «التحرير والدروس» وأنّ بعض الناس ادّعى أنّه المنقول، وأنّ القول الثاني نسب تقويته في «الإيضاح» إلى الأكثر، وبيّنّا الوجه لكلّ واحد من القولين، وأنّ الحقّ أنّه حكم برأسه يثبت به الحقّ وأنّ ما ذكروه من الفروع ينبغي فيها الرجوع إلى الدليل، وقد ذكرنا هناك ثلاثة فروع [2] ولنذكر هنا بعض الفروع الأخر.

فنقول: لو اعترفت بزوجيّة أحد المدّعيين وقلنا بأنّها إن اعترفت أنّها زوجة الآخر لم يغرم المهر، فإن أنكرت ونكلت فحلف فعلى الثاني يغرم المهر دون الأوّل.

ومنها: إنّها تنزع من المصدّق لو ردّت اليمين على المكذّب على الثاني دون الأوّل، كذا قالوا [3] فتأمّل.

ومنها: مشاركة الحالف الغرماء في المفلّس على الثاني دون الأوّل.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١.
(٢) راجع ص ٢٠٤.
(٣) لم نجد التصريح بعين المسألة في كلامهم، نعم ذكر ذلك بعض المحشّين على قواعد الأحكام، انظر ج ٢ ص ٢١٥ (ط الحجرية).

ولو قال المدّعي: أمهلوني أُمهل، بخلاف المدّعى عليه.

ولو أقام شاهداً واحداً ونكل عن اليمين معه احتمل أن يكون له الحلف بعد ذلك.

ومنها: إنّه إذا ادّعي عليه بعين فأقرّبها لغيره، هل له إحلافه على أنّها ليست للمدّعي؟ إن قلنا: إنّه لو أقرّبه غرم فعليه اليمين، وإن قلنا: لا يغرم فإن قلنا اليمين المردودة كالإقرار فلا يمين عليه، لأنّ غايته أن ينكل فيحلف الآخر فيكون كالإقرار، وإن قلنا كالبيّنة طالبه باليمين فلعلّه ينكل فيحلف الآخر فيغرم ... إلى غير ذلك من الفروع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو قال المدّعي: أمهلوني أمهل، بخلاف المدّعى عليه﴾ الوجه في الأوّل أنّه عسى أن يرجع إلى حسابه فيرجع عن الدعوى، أو يتقوّى علمه، أو يتذكّر بيّنة، أو يبحث عنها فيجدها، كذا ذكر جماعة [1] من الأصحاب. وأمّا الثاني فلأنّه ناف للحقّ ولا يترك إذا ترك.

قلت: أمّا الثاني فلا إشكال فيه، وأمّا الأوّل فمحلّ تأمّل، إذ إطلاق الأخبار ينفيه وكذا ملاحظة الاعتبار، لأنّه ربّما أدّى ذلك إلى بقاء المنازعة، وقد تقدّمت الإشارة إليه في الفصل الثاني.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقام شاهداً واحداً ونكل عن اليمين احتمل أن يكون له الحلف﴾ عملاً بالاستصحاب. وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة في الفصل الثالث، والمصنّف هناك قال: وإن نكل لم يثبت حقّه في هذا المجلس.

---

(١) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١، والشهيد في الدروس: ج ٢ ص ٨٩، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٤٩.

وعدم القبول إلّا بشاهد آخر.

قوله: ﴿وعدم القبول إلّا بشاهد آخر﴾ كما في «المبسوط[١] والتحرير[٢]» وهو مذهب قوم كما في «المبسوط» لسقوط اليمين بالنكول. قال في «الإيضاح»: لأنّ النكول لابدّ له من حكم الحاكم به يتعقّبه وليس هو ردّ اليمين فينبغي الحكم عليه بالحقّ فكان كإقراره، وإقراره يلزمه و ليس له الرجوع[٣] انتهى. وقضيّة ذلك أن لا تسمع دعواه ولو مع شاهد آخر، فلا يصحّ أن يكون وجهاً للقبول مع الشاهد. وقال أيضاً: لأنّ اليمين على خلاف الأصل وإذا نكل سقطت[٤].

وفيه: أنّا لا نعلم ما أراد بالأصل، فإن كان أراد الدليل، ففيه: إنّه كما دلّ الدليل على أنّ عليه البيّنة دلّ على أنّ له الحلف مع الشاهد، وإن أراد بالأصل القاعدة، وهو أنّ اليمين في الجانب الأقوى، ففيه: إنّه هنا لمكان شهادة الشاهد قبل حلفه كان جانبه أقوى كما مرّ بيانه[٥]. وكذا التعليق بأنّه كالنكول بعد ردّ المنكر، لأنّه قضيّته سقوط الحقّ أصلاً على المشهور، نعم ينطبق على ما اختاره المصنّف. وقد تقدّم الكلام في المسألة مستوفى[٦].

بقي هنا شيء، وهو ما إذا أقام شاهداً واحداً ولم يحلف معه فردّت اليمين على المدّعى عليه فنكل ولم يحلف، فهل تردّ اليمين على المدّعي فيحلف ثانياً مع الشاهد؟ احتمالان بل قولان ذكرهما في «المبسوط» وقوّى فيه أن ليس له ذلك، لأنّه أسقط حقّ نفسه[٧] وجوّزه في «الخلاف[٨]» واستجوده في «المختلف[٩]» وفي

(١ و٧) المبسوط: ج ٨ ص ٢١١.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١.
(٣ و٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٥ و٣٥٦.
(٥) مرّ في ص ٢٥١.
(٦) تقدّم في ص ١٩٨.
(٨) الخلاف: القضاء ج ٦ ص ٢٨١ المسألة ٢٦.
(٩) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٤٣.

ولو ادّعى القاضي مالاً لميّت لا وارث له على إنسان فنكل احتمل حبسه حتّى يحلف أو يقرّ والقضاء عليه، وتركه. ولو ادّعى الفقير أو الساعي إقرار المالك بثبوت الزكاة في ذمّته لم يحلفا مع نكوله بل تثبت الاحتمالات.

«المبسوط» في باب القسامة جوّزه وقال: إنّه الصحيح عندنا، واستدلّ عليه بوجوه ثلاثة[1]. وظاهره دعوى الإجماع. والأصحاب أطبقوا على خلافه في القسامة، قالوا: إنّ أولياء المقتول إذا لم يقسموا وامتنع القاتل وقومه من القسامة اُلزموا الدعوى بمجرّد النكول وليس لهم الردّ، على كلمة واحدة.

قلت: إن كانت هذه المسألة من سنخ ما نحن فيه كما هو الظاهر ـ إلّا ما هو صريح «الإيضاح[2]» حيث صرّح بقضاء الحاكم بالنكول ـ كان الشيخ في «الخلاف[3]» والمصنّف في «المختلف[4]» قائلين بالاحتمال الأوّل فيما نحن فيه، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ادّعى القاضي ... إلخ﴾ لأن كان شهد له شاهد واحد أو وجد ذلك في روزنامته أو نحو ذلك، فإنّه في هذه كلّها يتوجّه الحلف على المدّعى عليه، فإذا نكل ولم نحكم عليه بمجرّد النكول فهناك احتمالات ثلاثة ذكر الشيخ في «المبسوط[5]» منها احتمالين:

الأوّل: حبسه، لتعذّر اليمين هنا من المدّعي لانتفاء العلم، ولأنّه إذا علم القاضي حكم بعلمه، ولأنّه لا يدّعيه لنفسه، وعدم جواز إهمال مال بيت مال الإمام ولا غريم معيّن فيحلف. وهو خيرة «الدروس[6]» وبه جزم المصنّف في

---

(١) المبسوط: ج ٧ ص ٢٢٩.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٦.
(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٨٠ المسألة ٢٤.
(٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٤٢.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢١٤.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٠.

«التحرير[1]» وفي الفصل الثاني في الحالف من هذا الكتاب، لأنّه ذكر هذه المسألة بعينها هناك، وقد تقدّم الكلام فيها مستوفى[2] بما لا مزيد عليه.

الثاني: إنّه يُقضى عليه بالنكول، أمّا على القول به فلا بحث، أمّا مع عدم القول به فلتعذّر ردّ اليمين فجاز لمحلّ الضرورة، وهذا أيضاً حكاه الشيخ في «المبسوط».

الثالث: تركه لأنّ الحبس عقوبة لم يثبت موجبها، ولا يمكن الردّ، وسببية النكول هنا للقضاء غير معلومة، وهذا لم يذكره الشيخ.

قلت: فيه أنّا نمنع انتفاء سبب العقوبة، فإنّ امتناعه من اليمين المتوجّهة عليه شرعا أو عن الأداء لو كان كاذباً في إنكاره سبب موجب لأن يعاقبه عليه. ويؤيّده إطلاق قوله ﷺ: «ليّ الواجد يحلّ عقوبته وعرضه» وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة في آخر الفصل الثاني في الحالف، ومضى نظيرها في مبحث السكوت.

وكذا الكلام فيما إذا ادّعى الفقير أو الساعي إقرار المالك بثبوت الزكاة في ذمّته فأنكر ونكل، فإنّ فيه الاحتمالات الثلاثة. لكنّه يقوى هنا الحكم بالنكول لملكه للنصاب وحلول الحول ولم يثبت رافع للحكم ولا لسببية السبب والأداء.

وليعلم أن هاتين المسألتين والمسألة السالفة أيضاً في الفصل الثاني في الحالف، وهي ما إذا ادّعى الوصيّ الوصيّة للفقراء وأقام شاهدا وأنكر الوارث ممّا التزم فيها القائل بعدم القضاء بالنكول بالقول به كما تقدّمت الإشارة إلى ذلك، وتمام الكلام هناك.

والحاصل: أنّ جميع مسائل هذا الفصل تقدّم الكلام فيها مستوفى، لأنّ المصنّف ﷺ تعرّض لها فيما سلف، كما أشرنا إليه في صدر هذا الفصل.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨١.

(٢) تقدّم في ص ٣١١ ـ ٣٠٩.

المقصد الخامس
في القضاء على الغائب

وفيه فصول:

الأول: في المدّعي

ولابدّ أن يدّعي معلوماً في جنسه ووصفه وقدره

﴿المقصد الخامس: في القضاء على الغائب﴾

ستأتي الأخبار الدالة على جواز القضاء على الغائب وما يتعلّق بذلك في الفصل الثاني.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولابدّ أن يدّعي معلوماً في جنسه وقدره وصفته﴾ كما صرّح به في «التحرير[1]» وهذا وإن أغفله كثير إلّا أنّه مراد جزماً. أمّا على القول بعدم سماع المجهول على الحاضر فظاهر، وأمّا على القول بالجواز فكذلك أيضاً، لأنّه يجبر على التعيين، كما لو أقرّ بمجهول فإنّه يسمع

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧.

صريحاً بأن يقول: إنّي مطالب به، فلو قال: لي عليه كذا، لم يكف في الحكم، ويفتقر إلى البيّنة.

ثمّ يُجبر على التعيين، وقد تقدّم الكلام في ذلك[1]. ويحتمل أن يكون المراد: أنّا وإن قلنا بسماع الدعوى المجهولة على الحاضر لا نقول بسماعها على الغائب، لأنّـه على خلاف الأصل فيقدّر بقدره، ولأنّ ما استندنا إليه هناك لا يجري جميعه هنا، ومستند الخصم قويّ هنا. ولعلّ هذا مراد المصنّف، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿صريحاً بأن يقول: إنّي مطالب به فلو قال: لي عليه كذا، لم يكف في الحكم﴾ صريحاً إمّا حال من ضمير يدّعيه أي لابدّ أن يدّعيه مصرّحاً، أو صفة لمصدر محذوف تقديره: ادّعاءً صريحاً، وهذا الفرع أيضاً أغفله كثير، بل لم أجد أحداً صرّح به إلّا المصنّف في «التحرير[2]».

والوجه في ذلك: أنّ الدعوى لمّا كانت أمراً مرغوباً عنه عند الشارع، فيُعرض عن سماعها مهما أمكن فلا يُسمع منها إلّا ما كان صريحاً، ولمّا كانت الخصومة والإتيان إلى مجلس الحكم والجلوس بين يدي الحاكم في مجلس الخصومة قرائن على إرادة الدعوى كفى حينئذٍ أن يقول: لي عليه كذا، ولا كذلك الحال في الغائب فإنّ هذه القرائن معدومة عند الدعوى عليه، فكان قوله: لي عليه كذا، يحتمل الإخبار والدعوى فلابدّ حينئذٍ من الإتيان بلفظ صريح ناصّ على إرادة الدعوى، كقوله: إنّي مطالب له بكذا وأُريد منه كذا، ونحو ذلك ممّا لا يحتمل غير إرادة الدعوى.

فإن قلت: قضيّة ما ذكرت أنّه لابدّ من ذلك للمستعدي، فإنّ المدّعى عليه

---

(١) تقدّم في ص ١٧٦.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧.

وهل يشترط أن يدّعي جحود الغائب؟ نظر، فإن شرطناه لم تُسمع دعواه لو اعترف بأنّه معترف.

غائب عن مجلس الحكم أيضاً مع أنّهم لم يشترطوا ذلك فيه.

قلت: الاستعداء أعظم شاهد على إرادة الدعوى.

هذا، وقد وجدت الفاضل الهندي يقول: إنّه لا يكفي قوله: «لي عليه كذا» في الحاضر أيضاً[1]. ولعلّه محمول على ما إذا لم تفد القرائن إرادة الدعوى، ولو أُبقي كلامه على إطلاقه لخالف صريح الأصحاب. ثمّ إنّ اشتراطه هنا وتركه هناك ممّا يدلّ على ما ذكرنا.

وقول المصنّف: «في الحكم» كان الأولى تركه أو يأتي بدله بقوله: «في السماع» لأنّه ربّما أوهم بادئ بدءٍ خلاف المراد. وكذا قوله بعده «ويفتقر إلى البيّنة» لأنّه ربّما يوهم أنّه من تتمّة قوله: ولو قال عليّ كذا لم يكف، فالأولى التعبير بما في «التحرير» حيث قال فيه: لابدّ وأن تكون الدعوى معلومة وأن تكون صريحة بأن يقول: إنّي مطالب به، ولا يكفي قوله لي عليه كذا، ولابدّ أن تكون معه بيّنة[2]. والأمر في ذلك سهل. لكن ظاهر كلامه هنا وفي «التحرير» أنّه لا يكفي الشاهد واليمين حيث اقتصر فيهما على ذكر البيّنة، إلّا أن تقول: إنّ المراد البيّنة ونحوها، أو أنّ ذلك داخل في البيّنة مجازاً، لأنّه لا كلام بحسب الظاهر في قبول الشاهد واليمين، وقد صرّح به في الفصل الثالث، وقد قلنا هناك: لابدّ وأن تكون هذه اليمين مشتملة على النفي والإثبات، كأن يقول: والله إنّي أقرضته كذا وهي باقية إلى الآن، أو يحلف يمينين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وهل يشترط أن يدّعي جحود

---

(١) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥٠.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧.

ولو لم يتعرّض لجحوده سُمعت.

الغائب؟ فيه[١] نظر﴾ جزم بالاشتراط في «التحرير» إلّا لأخذ المال[٢]. كما جزم بالعدم مطلقاً في «الإيضاح[٣]» وهو الحقّ لمكان إطلاق النصوص[٤] والفتاوى، ولاحتمال الجحود في الغيبة وفوات البيّنة، فلا يقدر بعد ذلك على الإثبات إذا أظهر الجحود، تأمّل فإنّه دقيق في الجملة. قالوا[٥]: إنّه مشترط بالبيّنة وهي دالّة على الجحود، وفيه منع ظاهر، سلّمنا ولكن قد ندّعي أنّ الغيبة منزّلة منزلة السكوت المنزّل منزلة الجحود، فليتأمّل. والتفصيل الّذي ذكره في «التحرير» من اشتراط الجحود إذا طلب دون المال وعدمه فيه، لم نجد له مستنداً إلّا اعتباراً ضعيفاً. ويحتمل أن يكون نظره إلى أنّ الأخبار الدالّة على الحكم على الغائب ـ ادّعى جحوده أم لم يدّع ـ واردة على المال، وأمّا غيره من الحقوق فيجري فيه على الغالب في الخصومات وهو الجحود، مضافاً إلى ما يظهر من اشتراط البيّنة، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو لم يتعرّض لجحوده سُمعت﴾ هذا مشكل، لأنّ الظاهر من الاشتراط أنّه شرط وجودي فيجب أن يحكم بعدم السماع عند عدمه. ولعلّه بناء على أنّ الغيبة منزّلة منزلة الجحود، مضافاً إلى أنّه لعلّه يجحد وتفوت البيّنة فلا يقدر بعد ذلك على إثبات حقّه، بل لعلّه يكون الآن جاحداً في نفسه، وإذا أظهر جحوده تكون قد فاتت البيّنة فلا يقدر على الإثبات كما عرفت آنفاً. وعلى هذا ينبغي الحكم بالسماع مطلقاً، ولا معنى لاشتراط

---

(١) كلمة «فيه» لم ترد في متن القواعد، لكنّها موجودة في جميع نسخ الشرح.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧. (٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٧.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٦ ب ٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى.

(٥) منهم الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥٠.

ويحلف مع البيّنة على عدم الإبراء والإسقاط والاعتياض.

الجحود وتفريع هذا عليه، سلّمنا صحّة الاشتراط والتفريع إلّا أنّه على هذا التنزيل لا ينبغي أن يتردّد في «التحرير[1]» إلّا أن يقال: إنّه لحظ قضيّة الاشتراط فلا تسمع ولحظ هذا فتُسمع، فتردّد.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويحلف مع البيّنة على عدم الإبراء والإسقاط والاعتياض﴾ قد تقدّم في الفصل الثالث ذكر هذه المسألة وأنّ الناس في الحلف فيها على قولين، وقد قلنا هناك: إنّ ضمّ اليمين مذهب الأكثر وأنّ المخالف المحقّق والشهيد الثاني والأردبيلي، وبيّنّا هناك أنّه يكفي الحلف على بقاء الحقّ، فيكون مراد المصنّف من هذه الكلمات الثلاث إفادة هذا المعنى.

وقد اُشكل الفرق بين هذه الكلمات على بعض الناس، فقال بعضهم[2]: إنّ الإسقاط أعمّ لشموله القبض والمصالحة والهبة، والإبراء لا يتناول إلّا الإسقاط في الذمّة.

قلت: هذا فرق لا بأس به فيحمل الإسقاط هنا على القبض والوفاء أي الاستيفاء، ويحمل الاعتياض على الصلح أي الهبة المعوّضة أو نحو ذلك كالمقاصّة. وبعض الناس حمل الإبراء على الإبراء لا بعوض والإسقاط على الإبراء بعوض، قال: والفرق بينه وبين الاعتياض بأنّه يتضمّن أخذاً للعوض حين الإسقاط، وهو كما ترى، على أنّ فيه إخلالاً بالاستيفاء الأولى بالذكر[3].

قلت: ويمكن حمل الإسقاط على الوفاء والإبراء على المتبادر منه،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧.

(٢) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥١.

(٣) راجع كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥١.

ولا يجب التعرّض في اليمين لصدق الشهود.

ولو ادّعى وكيله على الغائب لم يحلّف ويسلّم إليه الحقّ بعد كفيل، فإن حلف موكّله الغائب وإلّا استُعيد.

وكذا يأخذ وليّ الطفل والمجنون المال مع البيّنة ويكفل لو ادّعى الغريم البراءة.

ويمكن حمل الإبراء على الاستيفاء والوفاء والإسقاط على المتبادر، والأمر في ذلك سهل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يجب التعرّض في اليمين لصدق الشهود﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً إلّا بعض العامّة[1].

قوله: ﴿ولو ادّعى وكيله على الغائب لم يحلّف ويسلّم إليه الحقّ بعد كفيل﴾ قد مرّ الكلام في المسألة مستوفى في الفصل الثالث، وأنّه لابدّ من التكفيل مطلقاً في الدعوى على الغائب وإن لم يكن المدّعي وكيلاً عملاً بإطلاق النصّ والفتوى، بل قد تضمّن النصّ أنّه لابدّ من تعدّد الكفيل كما قال عليه السلام في خبر جميل: ولا يدفع إلى الّذي أقام البيّنة إلّا بكفلاء[2]. ومثله خبر محمّد بن مسلم[3]، بل مقتضى الاعتبار أنّ التكفيل على القول بوجوب اليمين أظهر.

قوله: ﴿وكذا يأخذ وليّ الطفل﴾ هذا تقدّم ذكره وقد ذكره المصنّف هنا استطراداً.

قوله: ﴿ويُكفَّل لو ادّعى الغريم البراءة﴾ أي يُكفِّل وليّ الطفل

---

(١) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٨٦.

(٢ و٣) وسائل الشيعة: ج١٨ ص٢١٦ ب٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح١ وذيله.

ولو قال لوكيل الغائب: أبرأني موكّلك أو دفعت إليه، لم ينفعه وأُلزم بتسليم المال ثمّ يثبت الإبراء. ويحتمل الوقوف في الحكم لاحتمال صدقه.

والمجنون المال إذا أقام بيّنة بالمال وادّعى الغريم البراءة من ذلك ولم يقم على ذلك بيّنة، فإنّه حينئذٍ له اليمين على الصبيّ إذا بلغ لا على الوليّ، وإنّما يدفع المال إليه ويكفّل المال حتّى يبلغ الطفل، فإن حلف وإلّا ردّ المال إلى الغريم كما سلف بيان ذلك كلّه[1].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو قال لوكيل الغائب: أبرأني موكّلك أو دفعت إليه لم ينفعه وأُلزم بتسليم المال ثمّ يثبت الإبراء﴾ كما في «التحرير[2] والإرشاد[3] والشرائع[4] والإيضاح[5] وغاية المراد[6] والمسالك[7] والمجمع[8]» وغيرها بل لا أجد فيه مخالفاً. ودليله واضح، وهو أنّ التسليم واجب عليه شرعاً فلا يسقط بالمحتمل، ولأنّ دعواه على الموكلّ فلا يسقط حقّ قبض الوكيل الثابت شرعاً لعدم الاستلزام، ولأنّه لو سمع مثل هذه الدعاوي لأدّى إلى فتح باب عظيم، وهو انتفاء فائدة التوكيل، إذ ما من خصم إلّا ويمكنه هذه الدعوى فلابدّ من الأخذ بنفسه وهو ضرر عظيم، مضافاً إلى أنّ الأصل عدم ما يدّعيه.

قال في «غاية المراد» قيل: إنّ هذه المسألة واقعة جرت في مَرْو، فتوقّف فيها الفقهاء، فاستدرك القفّال من الشافعيّة وقال: يجب على الغريم التسليم، لأنّ فتح

---

(١) سلَفَ في ص ٢٥١ ـ ٢٤٨.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٨.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٧.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٦.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٨.
(٦) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٥.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٧٠.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.

هذا الباب يمنع استيفاء الوكلاء الحقوقَ الغائبة[١].

وأمّا ما ذكره المصنّف من احتمال الوقوف في الحكم فقد ذكره جماعة[٢] على سبيل الاحتمال ورموه بالضعف، وهو كما ذكروا، لأنّ الوجه فيه أنّ دعواه هذه مسموعة شرعاً فينبغي أن يؤخّر الأخذ جمعاً بين الحقّين، ولأنّ تعجيل إلزامه بالأداء ضرر به وهو منفيّ، فيتوقّف في الحكم حتّى يثبت الحكم بالأخذ أو نقيضه.

ووجه الضعف أنّ المحتمل لا يعارض المقطوع به شرعاً، ولمّا كان له أن يثبت دعواه بعد ذلك كان الضرر مدفوعاً. ثمّ إنّ الضرر المترتّب على حكم الشرع لا يُلتفت إليه، كما لو أدّى دفعه للحقّ الثابت إلى جعله فقيراً لا يملك سوى قوت يومه فإنّ الضرر بذلك أقوى، فلو كان الإقرار الثابت بالشرع حراماً لحرم استيفاء الدين، وهو باطل بالإجماع، ولو قيل بالتسليم مع الكفيل كما مرّ لكان وجهاً.

قال في «غاية المراد»: وفي هذا الكلام فائدة، وهي أنّه لو التمس من الوكيل الحكومة إلى الحاكم ليثبت دعواه لم يجب عليه ذلك ولا التربّص إلى أن يثبتها عند الحاكم بل يسلّم المال ويثبت دعواه إن شاء، هذا في غير الوكيل في الحكومة عموماً أو خصوصاً[٣].

قلت: كأنّه فهم الفائدة من عدم وجوب الصبر وإلزام الغير بإعطاء الحقّ. وهناك فائدة اُخرى وهو أنّه إذا ادّعى البيّنة وقف إلى إحضارها ولعلّه لا يؤخّر أكثر من ثلاثة أيّام، واُخرى وهو أنّه يجوز للوكيل التأخير والصبر ولا يجب عليه الإلزام بالحقّ وأخذه بالفعل، إذ فعل ما وكّل فيه غير واجب بأصله، نعم لو كان

---

(١) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٧.

(٢) منهم الشهيدان في غاية المراد: ج ٤ ص ٥٦، والمسالك: ج ١٣ ص ٤٧٠ ـ ٤٧١، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٥١.

(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٦.

ولا يجب على المدّعي دفع الحجّة سواء كان الغريم حاضراً أو غائباً، لأنّها حجّة لو خرج المدفوع مستحقّاً. وكذا لا يدفع البائع كتاب الأصل إلى المشتري، لأنّه حجّة على البائع الأوّل لو خرج المبيع مستحقّاً. ولو شرط المشتري دفعه لزم.

واجباً بوجه من الوجوه بحيث لا يجوز التأخير توجّه ذلك.

هذا، وقد قال جماعة: إنّ له في هذه المسألة أن يمتنع من التسليم حتّى يشهد. وقال آخرون: إنّه إن كان عليه بيّنة بالحقّ كان له ذلك، وإلّا فلا. ويأتي الكلام في ذلك عن قريب [1] وأنّ في القولين نظراً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يجب على المدّعي دفع الحجّة سواء كان الغريم حاضراً أو غائباً﴾ يريد أنّه ادّعى على شخص بدعوى فأنكر فأقام بيّنة وكتب له القاضي بذلك حجّة وأشهد عليها ثمّ بعد ذلك دفع الغريم ما أثبت عليه وطلب أخذ الحجّة من المدّعي لم يجب عليه ذلك كما في «الشرائع [2]» لما ذكره المصنّف من أنّ ذلك حجّة له لو خرج ما دفعه إليه مستحقّاً فاستردّ منه.

قلت: فيه نظر يأتي وجهه، فالوجه الاستناد إلى أنّها ملكه إن كان هو دفع القرطاس، وكذا إن كان ذلك من بيت المال على الظاهر.

وكذا الشأن فيما إذا طلب المشتري كتاب الأصل من البائع، يعني أنّ البائع لمّا اشترى كتب كتاباً فإذا باع ما اشتراه إلى آخر فإنّه لا يجب عليه دفع ذلك الكتاب، لأنّه ملكه وحجّة له على بائعه لو خرج المبيع مستحقّاً فاستردّ من المشتري فرجع

---

(١) يأتي في ص ٤٢٢. (٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٠.

ولو طلب نسخه أو طلب المديون نسخ الحجّة فالأقرب الإباحة.

عليه فإنّه يرجع هو أيضاً على بائعه، وهذا الفرع ذكره في «السرائر[١]». نعم لو شرط المشتري الثاني لزم، لأنّه شرط سائغ، والمؤمنون عند شروطهم[٢].

قوله: ﴿ولو طلب نسخه أو طلب المديون نسخ الحجّة فالأقرب الإباحة﴾ أي لو طلب المشتري أو المديون المدّعى عليه نسخه بمعنى إبطال حكمه كأن يقول للحاكم: أكتب لي كتاباً بأنّه قد ادّعى عليّ بما تضمّنه هذا الكتاب الّذي بيده وأدّيت الحقّ وأشهد عليه. وقد استقرب المصنّف ﷺ أنّه يباح للحاكم ذلك وإن لم يرض المدّعي، لأنّه ربّما أعاد المدّعي دعواه وأبرز الحجّة، فإذا كان عند المدّعى عليه كتاباً من خطّ القاضي والشهود نفعه.

وفيه نظر، لأنّه ربّما ظهر أنّ ما أدّاه مستحقّاً للغير فاسترده، فإنّه إذا أظهر المدّعي كتابه وشهوده أظهر المدعى عليه كتابه وشهوده وقال له: أنا أدّيتك. وقد قال سابقاً: إنّه لا يجب دفع الحجّة، لأنّها حجّة له لو خرج مستحقّاً للغير، فالأولى الاستناد فيما مضى من عدم وجوب دفع الحجّة إلى أنّها ملكه، وإلّا فالاستناد إلى أنّها حجّة له يقضي بعدم جواز النسخ للحاكم، بل ذلك يجري فيما إذا أشهد أيضاً.

فتنقيح البحث أن يقال: لا يجب على المدّعي دفع الحجّة، لأنّها ملكه ولعلّها تنفعه آناً ما، ويباح للحاكم كتابة كتاب يتضمّن الإبراء، لأنّه لا مانع منه شرعاً ولعلّه ينفعه. وليس في ذلك ضرر على المدّعي، لأنّ ما أدّاه إليه ماله وملكه شرعاً لأن كان في يده. واحتمال أنّه مستحقّ للغير لا يجدي وإلّا لانسدّت أبواب كثيرة

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٦. (٢) وسائل الشيعة: ج ١٥ ص ٣٠ ب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

نعم للمشهود عليه أن يمتنع من الأداء حتّى يشهد القابض وإن لم يكن عليه بيّنة تفصّياً من اليمين.

وحصل ضرر عظيم على جميع الناس، ولو سلّمنا أنّ في ذلك ضراراً على المدّعي لهذا الاحتمال البعيد فمعارض بحصول الضرر على المدّعى عليه، لاحتمال أنّه يدّعي عليه مرّة اُخرى.

وكذا الشأن في المشتري فإنّه يباح للحاكم كتابة كتاب له لما ذكرنا، ولاحتمال أن يتواطأ البائعان الأوّل والثاني على دعوى على المشتري، فإذا كان في يده كتاب من القاضي أنّه انتقل إليه بالشراء الحاصل من الّذي ثبت أنّه اشتراه من مالكه الأوّل نفعه. ولم أجد أحداً تعرّض لذلك سوى ابن حمزة في «الوسيلة» فإنّه قال فيما إذا كتب قاض إلى آخر بالحكم مع الشرط وقبض المدّعي الحقّ: ردّ الكتاب إن كان الحقّ ديناً ولا يلزمه ردّه إن كان عيناً[1]، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿نعم للمشهود عليه أن يمتنع من الأداء حتّى يشهد القابض وإن لم يكن عليه بيّنة تفصّياً من اليمين﴾ هذا استثناء من قوله: «ولا يجب على المدّعي دفع الحجّة» ومعناه: أنّه للمشهود عليه ـ وهو المدّعى عليه ـ أن يمتنع من أداء ما ثبت عليه حتّى يشهد القابض على قبضه سواء كان للمدّعى عليه بيّنة أم لا، أمّا على الأوّل فلأنّه قد يدّعي مرّة اُخرى ويشهد البيّنة فيُلزمه بالمدّعى، وأمّا على الثاني فلأنّه إذا ادّعى عليه مرّة اُخرى يتوجّه عليه اليمين، والتفصّي من اليمين أمر مطلوب مرغوب. ومثله قال المحقّق[2] ونسبه في «المسالك» إلى جماعة[3].

---

(١) الوسيلة: ص ٢١٥.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٩ ـ ١٠٠.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٣.

الفصل الثاني: في المحكوم عليه وبه

يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً وإن كان حاضراً ـ على رأي ـ أو مسافراً دون المسافة. وقيل: يعتبر في الحاضر تعذّر حضوره.

ونبّه بقوله: «وإن لم يكن عليه بيّنة» إلى خلاف الشيخ[1] حيث خصّ الامتناع بما إذا كان له بيّنة، وهو أقرب بحسب القواعد والأُصول وإطلاق الأخبار، لأنّها قاضية بعدم جواز الامتناع مطلقاً، ولمّا كان مع قيام البيّنة مظنّة ضرر لا يمكن دفعه من قبل نفسه جاز له الامتناع حتّى الإشهاد، وليس في التأخير إليه ضرر على الظاهر. بخلاف ذلك عند عدمها فإنّه يمكنه دفعه بالحلف.

وكذا إذا كان له بالحقّ بيّنة ولكن كان الحقّ ممّا يُقبل فيه قول من هو في يده كالوديعة لأنّ البيّنة لا تلزمه وإنّما يلزمه اليمين.

وقد جعل هذا الشهيد الثاني ـ رحمه الله تعالى ـ في كتاب الوكالة[2] قولَ ثالثٍ في المسألة ولم أظفر بقائله.

هذا وفي القولين تأمّل، إذ لا يدفع المعلوم بمجرّد احتمال، مع أنّ في التأخير إلى الإشهاد احتمال ضرر أيضاً إلّا أن يكون إجماع، فتأمّل.

﴿الفصل الثاني: في المحكوم عليه وبه﴾

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿يُقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً وإن كان حاضراً على رأي أو مسافراً دون المسافة.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٣١.
(٢) مسالك الأفهام: ج ٥ ص ٢٩٢.

وقيل: يعتبر في الحاضر تعذّر حضوره﴾ القضاء على الغائب في الجملة ثابت بالنصّ[١] والإجماع معلوماً ومنقولاً في عدّة مواضع. وقد نسبه في «المسالك[٢] وغاية المراد[٣] والكفاية[٤]» إلى مذهب الأصحاب. وهو مذهب مالك والأوزاعي والشافعي وليث بن سعيد (سعد خ) وأحمد وإسحاق وابن شبرمة بل قال ابن شبرمة: أحكم عليه ولو كان خلف حائط. وقال الثوري وأبو حنيفة: لا يجوز إلّا أن يتعلّق بخصم حاضر شريك أو وكيل[٥].

وأمّا النصّ: فقد دلّ عليه غير واحد من طريق العامّة والخاصّة، أمّا من طريق العامّة والخاصّة معاً فقوله صلى الله عليه وآله في الخبر المستفيض لهند زوجة أبي سفيان ـ وقد قالت: إنّ أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ـ: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[٦]. فكان أبو سفيان غائباً عن المجلس.

وفيه حجّة لنا على العامّة في عدم اشتراط غيبته بمسافة العدوى ولا غيرها. وفيه حجّة على يحيى بن سعيد من أصحابنا ـ رحمه الله تعالى ـ كما يأتي[٧].

وروي عن أبي موسى الأشعري، قال: كان النبيّ صلى الله عليه وآله إذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد[٨] فوافى أحدهما ولم يف الآخر قضى للّذي وفى على الّذي لم يَفِ[٩].

قال في «غاية المراد»: والمراد مع البيّنة، لاستحالة الحكم بمجرّد دعواه. وهو

---

(١) راجع وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٦ ب ٢٦ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٧.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٣.
(٤) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٧.
(٥) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٨٥.
(٦) راجع السنن الكبرى للبيهقي: ج ١٠ ص ١٤١، وعوالي اللآلي: ج ١ ص ٤٠٢ ح ٥٩.
(٧) سيأتي في ص ٤٢٧.
(٨) في النسخ: الوعد، والصواب ما أثبتناه كما في الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٠.
(٩) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٩٨.

أعمّ من أن يكون معلّقاً بخصم شريك أو وكيل[١].

وسيأتي قول عمر على المنبر[٢].

وأمّا من طريق الخاصّة: فخبرا جميل وخبر محمّد بن مسلم: الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة ... إلخ وقد تقدّم نقلها[٣] بسندها ومتنها ووجه الدلالة فيها ودفع المناقشة عنها في الفصل الثالث في كيفيّة سماع البيّنة.

وصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام الّتي يقول فيها في الغاصب: وأكل مال اليتيم والأمين وإن وجد له شيئاً باعه غائباً كان أو شاهداً[٤].

وأمّا ما رواه في «قرب الإسناد» عن السندي بن محمّد عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام قال: «لا يقضى على غائب»[٥] فإنّه محمول على أنّه لا يجزم بالقضاء عليه بل يكون على حجّته.

ثمّ اختلف الأصحاب على أقوال أربعة:

الأوّل: ما ذكره المصنّف أنّه يُقضى على من غاب عن مجلس الحكم مطلقاً حاضراً كان في البلد أو مسافراً دون المسافة، وهو خيرة «الشرائع[٦] والنافع[٧] والتحرير[٨] والإرشاد[٩] والإيضاح[١٠] والدروس[١١] وغاية المراد[١٢] والمسالك[١٣] واللمعة[١٤] والروضة[١٥] وغاية المرام[١٦] والكفاية[١٧]» وهو ظاهر

---

(١) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٤. (٢) سيأتي في ص ٤٢٦. (٣) تقدّم في ص ٢٤٨.

(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٦ ب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى ح ٢.

(٥) قرب الإسناد: ص ١٤١ ح ٥٠٨. (٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٨٦.

(٧) المختصر النافع: ص ٢٧٧. (٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٧.

(٩) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٧. (١٠) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٥٩.

(١١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩١. (١٢) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٣.

(١٣) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٧. (١٤) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٨.

(١٥) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٣. (١٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٥.

(١٧) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٧.

«الكافي[١]» في الحديث و«التهذيبين[٢]» لأنّهما أوردا هذه الأخبار فيها و«النهاية[٣]» بل كاد يكون صريحها، لأنّه روى خبر جميل فيها ولم يتعقّبه بشيء، بل هو ظاهر الأكثر. وهو المشهور كما في «المسالك[٤] والمجمع[٥] وغاية المرام[٦] والكفاية[٧]» وهو مذهب قوم كما في «المبسوط[٨]».

احتجّوا جميعاً بعموم الأدلّة وانتفاء الضرر، لأنّه على حجّته.

قلت: في كون الأدلّة جميعها عامّة نظر، لأنّ عمدة الأدلّة أخبار الخاصّة الّتي أشرنا إليها كخبري جميل وخبر محمّد، وهي ربّما ظهر منها المسافر، لأنّه يقول ﷺ فيها: «إذا قدم» نعم صحيح زرارة ظاهر في العموم إن قلنا إنّه ممّا نحن فيه. وكذا خبر أبي موسى عامّ لكنّ كثيراً منهم لم يذكره. وأمّا الخبر المستفيض بين الخاصّة والعامّة فخاصّ بالحاضر في البلد الغائب عن مجلس الحكم فلا يمكن أن يقول إنّا نحمل العامّ على الخاصّ. والحاصل: إنّ قولهم: «لعموم الأدلّة» ليس على ما ينبغي وأنّ للكلام في الدليلين المذكورين مجالاً. فالعمدة على الخبر المستفيض إن كان واضح الدلالة وقد وصفه بأنّه مستفيض في «المسالك» وأنّه مشهور في «المجمع».

وقد يمكن دعوى الإجماع، إذ المخالف معلوم نادر ـ كما يأتي ـ بل الإجماع منقول في ظاهر «الخلاف» إن لم نقل أنّه صريحه، وذلك لأنّه قال: ويدلّ على المسألة ـ مضافاً إلى إجماع الفرقة وأخبارهم ـ ما روى أبو موسى قال ... الحديث. وروي: إنّ عمر صعد المنبر فقال: ألا إنّ أُسَيفع جُهينة رضي من دينه وأمانته أن

(١) الكافي: ج ٥ ص ١٠٢ ح ٢.
(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ ج ٦ ص ٢٩٦ ح ٨٢٧، والاستبصار: ب ٢٥ ج ٣ ص ٤٧.
(٣) النهاية: ص ٣٥٢.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٨.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٣.
(٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٢٥.
(٧) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٧.
(٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٢.

يقال سابق الحاجّ ـ أو سائق الحاج ـ فإدّان معرضاً فأصبح وقد رين به[1] فمن كان له عليه دين فليأت غداً فلنقسّم ماله بينهم بالحصص[2]. وقضيّة استدلاله بأخبار الفرقة وهذين الخبرين اللّذين هما من العامّة أنّه قائل بالإطلاق، لأنّ أخبار الفرقة قد علمتها ليس فيها اعتبار تعذّر الحضور كما عرفته في الخبر، وخبر أبي موسى عامّ بل قد يدّعى أنّه خاصّ، وخبر أسيفع أيضاً عامّ إن لم نقل أنّه خاصّ بالحاضر أيضاً. ويؤيّد ذلك أنّه نقل عن ابن شبرمة[3] أنّه موافق لنا ونقل عنه أنّه قال: أحكم عليه ولو كان خلف حائط، فتأمّل.

القول الثاني: اشتراط المسافة، وهو مذهب يحيى بن سعيد[4]. ولعلّ دليله ما لعلّه يظهر من أخبار جميل ومحمّد من قولهﷺ: «إذا قدم» ولا يصدق اسم المسافر عنده إلّا على من قطع المسافة الشرعيّة، فتأمّل. وقد قال في «المسالك[5] والكفاية[6]» إنّه إن كان غائباً عن البلد قُضي عليه سواء كان قريباً أو بعيداً باتّفاق أصحابنا، فسقط هذا القول بالإجماع المنقول بل المعلوم، لأنّ الشيخ في «المبسوط[7]» موافق على الغائب مطلقاً كما هو الظاهر.

القول الثالث: إنّه يعتبر في الحاضر تعذّر حضوره كما في «المبسوط وتعليق الإرشاد[8]» وقوّاه في «المفاتيح[9]» لأنّ القضاء على الغائب إنّما جاء لموضع الحاجة وتعذّر الإحضار.

قلت: فيه منع ظاهر. وظاهر الشيخ في «المبسوط» أنّه هو وحده مخالف

(١) بعض النسخ: دين به.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٩ ـ ٢٤٠ المسألة ٣٨.
(٣) الناقل هو الشهيد في غاية المراد: ج ٤ ص ٥٣.
(٤) الجامع للشرائع: ص ٥٢٧.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٧.
(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٧.
(٧) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٣.
(٨) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٩.
(٩) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٥٤.

ولا يشترط في سماع البيّنة حضوره وإن كان في البلد. ولو كان غائباً جاز إحضاره مع البيّنة لابدونها للمشقّة

فقط، لأنّه قال فيه: فأمّا إذا كان في البلد غير ممتنع من الحضور فهل له أن يقضي عليه وهو غائب عن مجلس الحكم أم لا؟ قال قوم له: ذلك، والصحيح أنّه لا يقضي عليه [1] انتهى. ولو كان له موافق لقال ـ كما هو جاري عادته ـ وقال: قوم: لا يقضي عليه، فلمّا لم يقل ذلك ظهر أن لا مخالف في ذلك العصر سواه، فتأمّل.

الرابع: مذهب الأردبيلي [2]، وهو أنّه لا يُقضى عليه إلّا إذا امتنع من الحضور وعلم أنّه يقضى عليه، لأنّه حينئذٍ يكون أدخل الضرر على نفسه. وقد تقدّم الكلام عليه بما لا مزيد فيه في الفصل الثالث. والسرّ في ذلك أنّه تأمّل في سند الأخبار، لأنّه قال: إنّه لا يعرف عبد الله بن نهيك ولا حال جعفر بن محمّد بن إبراهيم، وقد بيّنّا له هناك أنّ جعفراً هذا شيخ من مشايخنا ذو إجازة علوي موسوي، وأنّ عبدالله هو ابن أحمد بن نهيك الثقة الجليل الصدوق بنصّ علماء الرجال.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يشترط في سماع البيّنة حضوره وإن كان في البلد﴾ أي لا يشترط في سماع البيّنة حضور المدّعى عليه وإن كان في البلد سواء كان قد حضر عند الدعوى أم لا. وهذا ممّا لا يخالف فيه أحد ولا سيّما القائل بالقضاء عليه مطلقاً فإنّه يلزمه هذا من غير ريب، وكذا القائل بأنّه لا يجوز إحضار الغائب إلّا إذا أقام المدّعي بيّنة وأنّ التحرير ليس كافياً. والوجه في ذلك أنّه لمّا كان على حجّته في الجرح إن ادّعاه جاز السماع وإن لم يحضر لعدم الضرر في ذلك أصلاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان غائباً جاز إحضاره مع

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٦٢.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٤ ـ ٢٠٥.

إذا لم يكن هناك حاكم.

ويُقضى على الغائب في حقوق الناس في الديون والعقود والطلاق والعتق والجنايات والقصاص، ولا يُقضى في حقوقه تعالى كالزنا واللواط، لأنّها على التخفيف.

البيّنة لابدونها، للمشقة﴾ هذا خيرة «المختلف[1]» وظاهر «الجامع[2] وتعليق الإرشاد[3]» وظاهر «الوسيلة[4]» وقد أطبق الباقون على أنّه يكفي في جواز الإحضار تحرير الدعوى بل الفاضل العجلي في «السرائر[5]» جوّز الإحضار من دون تحرير، فإذا حضر وحرّر سمع وإلّا فلا ... وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة مستوفى في مبحث الاستعداء، والمصنّف هناك وافق المشهور.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿إن لم يكن هناك حاكم﴾ أي إنّما يحضره كذلك إذا لم يكن في بلد المدّعى عليه حاكم. وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة أيضاً في الاستعداء، وقلنا هناك: إذا كان في غير ولايته وكان هناك حاكم فإن رضي المدّعي بالدفع إليه فذاك، وإلّا فإن كان الحاكم خليفته سمع هو البيّنة وكتب إليه، وإن كان مستبدّاً فإن رضي المدّعي بالكتابة كتب وإلّا حكم عليه وهو غائب ... إلى آخر ما ذكرناه هناك.

قوله: ﴿ويُقضى على الغائب في حقوق الناس ... إلخ﴾ هذا ممّا لاخلاف فيه على الظاهر لمن قال بالقضاء على الغائب، لأنّ الأمر في حقوق الناس مبنيّ على الاحتياط وفي حقوق الله تعالى على التخفيف، لأنّه سبحانه هو

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤١١ ـ ٤١٢. (٢) الجامع للشرائع: ص ٥٢٧.

(٣) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٩.

(٤) الوسيلة: ص ٢١٩. (٥) السرائر: ج ٢ ص ١٧٧.

ويُقضى عليه في السرقة بالمال دون القطع.

أراد ذلك لأن كان غنيّاً بذاته المقدسّة، ولهذا أمرَ بدرئها بالشبهات.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويقضى عليه في السرقة بالمال دون القطع﴾ هذا هو المشهور كما في «المجمع[1] وغاية المرام[2] والكفاية[3]» وغيرها، ومذهب باقي الأصحاب ما عدا المحقّق كما في «المسالك[4]» لأنّه تردّد. ووجه التردّد من أنّه حقّ لله تعالى وفتوى الأصحاب ومن أنّه والغرم معلولا علّة واحدة. وأُجيب[5] بأنّ التخلّف لمانع واقع كثيراً، مثل ما لو أقرّ بالسرقة مرّة واحدة فإنّه يثبت المال دون القطع، ومثل ما لو أقرّ المحجور عليه بالمال بالسرقة فإنّه يُقطع ولا يغرَّم، إلى آخر ما ذكرناه في مبحث الحالف.

وفي قوله «إنّ التخلّف لمانع واقع كثيراً» فيه نظر، لأنّه إن كانت العلّة تامّة لايعقل التخلّف عنها لمانع كما يأتي بيان ذلك في الكلام على الشهيد الثاني ـ رحمه الله تعالى ـ قال في «المسالك[6]»: الأصل فيه أنّ هذه ليست عللاً حقيقية بل علل شرعيّة وإنّما هي معرّفات لا علل مقتضية.

قلت:هذه الكلمة اشتهرت على ألسنةالمتأخّرين ورددناها في مبحث الحالف بأنّ معنى كون علل الشرع معرّفات أنّه نصبها الشارع دليلاً على الحكم بمعنى أنّ كلّ من له أهليّة معرفة الحكم إذا عرفها عرف ثبوت الحكم من الله تعالى في تلك الواقعة فلا معنى للتخلّف أصلاً، ولأنّه لو جاز ذلك لسدّ علينا باب منصوص العلّة فلا يتعدّى الحكم إلى الفرع. وقد صرّح بذلك المولى الأردبيلي[7] في المقام.

(١ و٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٦ ـ ٢٠٧. (٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٣٦.

(٣) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٦٩٨. (٤ و٦) مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٤٦٩.

(٥) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٦.

وللقاضي النظر في مال حاضر ليتيم غائب عن ولايته.

فإن قلت: على هذا كيف تقضي عليه بالمال دون القطع؟ قلت: ليس ثبوت السرقة عند القاضي علّة تامّة لهما بل ثبوتها مع حضور المدّعى عليه مع باقي الشرائط فلا تخلّف. وكذا نقول في المقرّ مرّة واحدة: إنّ ثبوتها بالإقرار مرّتين علّة تامّة لا مرّة واحدة. وكذا في المحجور عليه نقول: ثبوتها من غير المحجور عليه علّة تامّة لهما لا مطلقاً، والتخلّف عن العلّة التامّة لا يعقل ولا يتصوّر. نعم ذلك ثابت في غير التامّة. ولا فرق في ذلك بين علل الشارع وغيرها، وكيف يجوز التخلّف عن علل الشارع التامّة ومعرّفاته ولا يجوز في غيرها مع أنّ العقل شرع من داخل والشرع عقل من خارج، لأنّهما متلازمان كما قرّر في محلّه، فينبغي إمعان النظر، لأنّ هذه الكلمة قد اشتهرت على ألسنة المتأخّرين ولم أجد أحداً قابلها بالنكير غير المولى الأردبيلي ـ رحمه الله تعالى ـ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وللقاضي النظر في مال حاضر ليتيم غائب عن ولايته﴾ كذا في نسختين عندي، وهو الموافق لما في «التحرير» قال فيه: وللحاكم أن يتصرّف في المال الحاضر لليتيم الغائب عن ولايته، وله نصب قيّم في ذلك المال[1].

قلت: لأنّ المال في ولايته فيضيع إذا ترك النظر فيه فله أن يبيعه إن كان في البقاء ضرر وأن ينقله إلى الحرز. وهذا معنى التصرّف الّذي ذكره في «التحرير».

وفي نسخة أُخرى: وللقاضي النظر في مال حاضر ليتيم على غائب عن ولايته. وعلى هذه يحتمل أن يراد بالحاضر الحالّ أو الموجود، ولكلّ وجه، فتأمّل. ولعلّ الزيادة من طغيان القلم.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٨.

وأمّا المحكوم به: فإن كان ديناً أو عقاراً يمكن تعريفه بالحدّ ضبط بما يميّزه عن غيره، وإن كان عبداً أو فرساً أو ما أشبهه ممّا يتميّز بعلامة

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وأمّا المحكوم به: فإن كان ديناً أو عقاراً يمكن تعريفه بالحدّ ضبط بما يميّزه عن غيره﴾ يحتمل أن يكون المراد بالحدّ ما ميّز بالماهيّة المدّعى بها تامّاً كان أو ناقصاً، فيكون قيداً للأمرين وفي كلّ بحسبه، ففي الدين بالجنس والقدر والعقار بالحدود والأطراف. ويحتمل أن يكون قيداً للأخير فيكون المراد به واحد الحدود أي الأطراف. وأمّا العين الحاضرة فترك ذكرها، لأنّ الكلام في المحكوم به الغائب لظهور تميّزها بالمشاهدة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن كان عبداً أو فرساً أو ما أشبهه ... إلخ﴾ هذا إشارة إلى ما لا يؤمن فيه الاشتباه والاختلاط، وهو ضربان: أحدهما: ما يمكن أو يحتمل تمييزه بالصفات كالرقيق والدوابّ والأقمشة، وذلك إذا لم يكن مشهوراً بصفة أو اسم يتميّز بها عن غيره، لأنّه إذا حصل شيء من هذا كان أقوى من التحديد. والثاني: ما لا يمكن ولا يحتمل تمييزه بالصفات كأن يكون كثير الأمثال والأشباه والنظائر. وهذا لا ترتبط فيه الدعوى إلّا بالعين كما هو واضح. وقد أشار إليه الفخر في «الإيضاح» في ذيل هذه المسألة.

وأمّا الأوّل فقد ذكر المصنّف فيه احتمالات ثلاثة ولم يحكم بشيء كما صنع في «التحرير[1] والإرشاد[2]» وكذلك ولده[3] والشهيد في «الدروس[4] وغاية المراد[5]»،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٤٩.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٩.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦١.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩١.
(٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٤ ـ ٦٦.

احتمل الحكم بالحِلْية كالمحكوم عليه،

ومثله المولى الأردبيلي في «المجمع[١]» ومثله المحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد[٢]» إلّا أنّه جعل المختار أحوط. وهناك احتمالات أُخر تأتي في مطاوي البحث.

والحقّ هو الاحتمال الثالث الّذي ذكره المصنّف أخيراً كما هو خيرة «المبسوط[٣] والتلخيص» نقله عنه في «غاية المراد[٤] والشرائع[٥]» حيث أشار إليه بقوله: ولابدّ من ضبط الشيء المشهود به ... إلخ في ذيل البحث من كتاب قاضٍ إلى قاضٍ. وما وجدت أحداً تنبّه لذلك سوى الشهيد في «غاية المراد[٦]» فإنّه نسبه إلى المحقّق. وهو خيرة «المسالك[٧]» أيضاً. وجعله المحقّق الثاني[٨] أحوط.

ونحن بتوفيق الله تعالى ومنّه ولطفه وعفوه وكرمه نذكر الاحتمالات والأقوال في شرح كلام المصنّف ونبيّن ما يرد عليها ونذكر حجّة المختار وما يتفرّع على الجميع، فنقول:

قوله رحمه الله تعالى: ﴿احتمل الحكم بالحِلْية كالمحكوم عليه﴾ هذا هو الاحتمال الأوّل، ومعناه: أنّه يحكم على المحكوم به الغائب بالحلية والصفات كما يحكم على الرجل الغائب كذلك إن أُريد التمييز إذا لم يكن معروفاً، للضرورة. وقد تقدّم الكلام فيه وأنّ الفاضل العجليّ منع من جواز ذلك[٩] فليكن هنا كذلك فيكون موافقاً لنا على المختار.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢١.
(٢ و٨) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي وآثاره ج ٩): ص ٥٦٩.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٥٦.
(٤ و٦) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٤.
(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٩.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٩.
(٩) تقدّم في ص ٤٢٩.

قال في «الإيضاح[1]» وردّ هذا الاحتمال بكثرة الاشتباه، واعتذر بالاستقصاء التامّ.

قلت فيه: إنّ الاستقصاء التامّ بحيث يفيد التشخيص متعذّر أو متعسّر لتساوي الأوصاف وكثرة الاشتباه اللّهمّ إلّا أن يكون مشهوراً بعلامة وحِلْية فيكون كالقسم الأوّل أعني العقار والدين.

فإن قلت: كيف جاز في المحكوم عليه ولم يجز في المحكوم به؟

قلت: فرق بين الأمرين، إذ المحكوم عليه قادر على التكلّم والمنازعة ورفع الاشتباه بالاسم والنسب ونحو ذلك، ولا يمكن مثل ذلك هنا. وأيضاً قد يكون المحكوم عليه غائباً عن مجلس الشهود ولا يمكن نقل الشهود ولا نقله هنا، لأنّه قد يكون ممتنعاً خارجاً عن ديار الإسلام ويريد الغريم الاقتصاص من ماله بخلاف المحكوم به فإنّه قد يمكن نقله كما يأتي بيانه.

فإن قيل: يرد على الأوّل أنّه إذا كان المحكوم به غير قادر على التكلّم والنزاع ورفع الاشتباه فصاحب اليد وهو الخصم قادر على ذلك.

قلت: أترى أنّ الخصم المنكر إذا كان عنده عشرة أثواب على صفة واحدة يميّز أنّ هذا هو الثوب المشهود عليه ويثبت الحكم على نفسه؟ كلّا بل يؤكّد الاشتباه.

فإن قلت: إذا وجد عنده عشرة أثواب كذلك فليأخذ المدّعي أحدها.

قلت: هذا خطأ محض، لأنّهم تسالموا على أنّه إذا أحضر عبدين عنده بالصفات المذكورة أو عبداً عند غيره كذلك بطل الحكم، لأنّه حكم على مبهم وكلّ حكم مبهم باطل.

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٠.

وذكر القيمة دون الصفات كالثياب والأمتعة

فقد ظهر الفرق واتّضح الأمر. وهذا ممّا يسّره الله تعالى وإلّا فما أحد ذكر ذلك.

ونقل في «الإيضاح[1]» عن بعض الناس أنّه يكفي هنا الوصف بأوصاف السلَم. وهو ضعيف جدّاً، لأنّه يكفي فيه النوع والصنف ويمتنع التشخيص لمنافاته السلم كما نبّهوا عليه، ولابدّ هنا من التشخيص.

هذا، ويتفرّع على هذا القول أنّه إذا حكم الحاكم كذلك وأحضر عبداً عند غيره كذلك أو عبدين عنده كذلك بطل الحكم كما ذكرناه، وإن لم يحضر وأنكر أنّه في يده فعلى المدّعي البيّنة على أنّه في يده ... إلى آخر ما سيذكره المصنّف في آخر المسألة.

وأمّا الاحتمال الثاني: فأشار إليه المصنّف رحمه الله تعالى بقوله:

﴿و﴾ احتمل ﴿ذكر القيمة دون الصفات كالثياب والأمتعة﴾ أي كما أنّه لابدّ فيها من التمييز بالقيمة لتعسّر الضبط بالصفات أو تعذّره فإنّ القيمة أمر يسهل الضبط بها وينضبط بها الجميع ولا يجب ذكر الوصف وإن استحبّ.

وفيه: أنّه إذا كان المدّعى العين الّتي قيمتها كذا كما هو المفروض فلا يزول الاشتباه فلا يحصل التشخيص لاشتراكه بين أعيان كثيرة، وإن كان المدّعى القيمة والعين تالفة كان ديناً وخرج عمّا نحن فيه، وإن كانت باقية والمدّعي لا يستحقّ القيمة والدعوى بما لا يستحقّ باطلة. هذا كلّه مضافاً إلى أنّه قد يعود بذلك ضرر على المدّعي في بعض الأحوال، فتأمّل.

قال في «الإيضاح»: ولو قيل الركن في تعريف المثليّات ذكر الصفات وذكر

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٠.

وسماع البيّنة دون القضاء لفائدة بعث العين إلى بلد الشهود ليشهدوا على عينه،

القيمة احتياط وفي ذوات القيم العكس لكان حسناً[1].

قلت: هذا رجوع منه إلى القول بأنّه يكفي الوصف بأوصاف السلم الّذي اتّضح بطلانه ووافقنا هو عليه.

فإن قلت: يعسر في المثليّات الشهادة على العين إذا غابت عنه وإنّما يشهد الشاهد حينئذٍ على الوصف والقيمة، فإذا شرطت فيها الشهادة على العين فقد ذهبت الشهادة على المثليّات آخر الدهر.

قلت: إذا شاهدنا من يعرف الحنطة مثلاً أنّها من الحنطة الفلانية من البلد الفلاني من الأرض الفلانية من شرقيّ الصُبرة[2] أو من غربيّها، وكذا نحن نميّز بعض ذلك في بعض الحنطة. وهذا الاحتمال ترك ذكره في «الإرشاد والمجمع»، وكأنّه لضعفه.

وأمّا الاحتمال الثالث: وهو المختار، فأشار إليه المصنّف ـ طاب ثراه ـ.

بقوله: ﴿و﴾ احتمل ﴿سماع البيّنة دون القضاء لفائدة بعث العين إلى بلد الشهود ليشهدوا على عينه﴾ يريد أنّه يحتمل سماع البيّنة دون القضاء لما في ذلك من المفاسد الّتي عرفتها، وفيه تغرير بمال الغير، وحينئذٍ فيجب على المدّعي حمل الشهود إلى بلد العبد مثلاً ليشهدوا على عينه استظهاراً، فإن تعذّر حملهم بعث قاضي بلد العين ونحوه العين إلى بلد الشهود بعد أن يكتب له القاضي الّذي سمع الشهادة فيشهدوا على عينه لما ذكرناه من الاستظهار وعدم جواز التغرير بمال الغير. فـ«بعث» في قول المصنّف مصدر مضاف إلى مفعوله محذوف الفاعل.

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٠.

(٢) كذا في النسخ، ولا تفاوت بين شرقيّ الصُبرة وغربيّها، ولعلّها تصحيف البصرة مثلاً.

ويطالب بكفيل إذا أخذ العبد، ولا يجب شراؤه والمطالبة بضمين على الثمن،

هذا إذا رضي المالك بذلك، وإن امتنع لا يُجبر على حمله بضمان ولابدونه ولاباجارة، للأصل ولأنّه تكليف وتسليط على مال الغير من دون دليل.

فإن رأى الحاكم إحضاره لمصلحة وهي حسم النزاع وحفظ أموال الناس فهناك ثلاثة أقوال كما في «الإيضاح[1]» واحتمالان احتمل أحدهما الشهيد في «الدروس[2] وغاية المراد[3]» واحتمل الآخر صاحب «المجمع[4]».

الأوّل من الأقوال ما أشار إليه المصنّف بقوله:

﴿ويطالب بكفيل﴾ أي يطالب بكفيل يضمن عين العبد وبدنه، قال الشيخ في «المبسوط[5]»: ويجعل في عنقه ختماً من رصاص بحيث لا يمكنه إخراج رأسه منه.

قلت: إنّما أوجب الشيخ ذلك لئلّا يغيّر أو يبدّل. ويتفرّع على هذا ونحوه من الأقوال وجوب مؤنة ردّه ونفقته على المدّعي. وفي ضمان منفعته إشكال يأتي[6]. والأقوى الضمان وإن تلف قبل الوصول أو بعده. فإن ثبت كونه للمدّعي فلا كلام، وإن لم يثبت له كان مضموناً على المدّعي فعليه قيمته وأُجرة عمل ما كان له في تلك المدّة إلى حين التلف ومؤنة الإحضار الّتي صُرفت.

قال المصنّف في «الإرشاد[7]»: وعليه مؤنة الردّ. وفيه نظر ظاهر لم يتعرّض له

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦١.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩١.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٤.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٦.
(٦) سيأتي في ص ٤٤٥ ـ ٤٤٤.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٩.

ويُحتمل إلزامه بالقيمة، للحيلولة في الحال،

في غاية المراد، وذلك لأنّه إذا مات وأخذ قيمته وأُجرته لا معنى لأخذ مؤنة الردّ، لأنّه لا ردّ بعد الموت. قال في «المجمع[١]»: لعلّ المراد بمؤنة الردّ الردّ إلى بلد الشهود وهي مؤنة الإحضار فقط لا غير.

قلت: هذا لم أفهمه، لأنّه قال فيها: ومؤنة الإحضار والردّ، فكيف يريد بالردّ الإحضار؟ وعلّق عليه بعض المحشّين: أنّ المراد بالردّ الردّ إلى موضعه. ولعلّ الوجه فيه أنّه كان هو السبب في إتلافه ولاسيّما إذا علّق في عنقه الخاتم من الرصاص الّذي لا يستطيع إخراج رأسه منه، فتأمّل.

القول الثاني: المطالبة بكفيل يكفل القيمة وهذا لم يذكره المصنّف وإنّما ذكره ولده[٢] واحتمله الشهيد في «الدروس[٣] وغاية المراد[٤]»، وحكمه حكم السابق.

القول الثالث: إنّه يلزمه بأداء القيمة إلى ذي اليد، وهو الّذي أشار إليه المصنّف بقوله:

﴿و﴾ لكن ﴿يحتمل إلزامه بالقيمة في الحال﴾ والظرف متعلّق بالإلزام لا بالقيمة كما يأتي[٥] بيانه، فيسلّم القيمة إلى القاضي هناك أو إلى أمين، للحيلولة بين ذي اليد وملكه في الظاهر لكونه في يده. وهو خيرة «الإيضاح[٦] وغاية المراد[٧]». وهو الصواب، لضعف فائدة الكفالة البدنيّة في العين والقيمة وعدم القائل من أصحابنا بالبيع، وإنّما احتمله في «الدروس وغاية المراد» احتمالاً بل هو

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٣.

(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦١.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٢.

(٤) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٥.

(٥) سيأتي في ص ٤٤٠.

(٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦١.

(٧) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٦.

ثمّ يردّ إليه مع الثبوت.

مذهب بعض العامّة[1]. ثمّ إنّ الشراء اعتراف بعدم الملك.

وهذا أحد الاحتمالين الّذين ذكرناهما عند ذكر الأقوال. والاحتمال الثاني أن يكون مضموناً عليه وإن لم يشترط الضمان ذكره في «المجمع[2]» لأنّه مأخوذ لمصلحته وكأنّه مأخوذ بالسوم. واحتمل أنّ مؤنة الإحضار والنفقة من بيت المال، وفيهما تأمّل، فتأمّل.

ولنرجع إلى المختار فنقول: إذا أثبته أو ردّه إليه ردّت إليه القيمة، وإلى ذلك أشار إليه المصنّف بقوله:

﴿ثمّ تردّ إليه﴾ القيمة ﴿مع الثبوت﴾ ومثل ذلك صنع في «التحرير[3] والإرشاد[4]» أي تردّ إليه القيمة إذا أثبت العبد. وهذا ذكره في الكتب الثلاثة على سبيل المثال، وإلّا فكذلك مع الردّ إليه سالماً.

واعلم أنّ المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ قال في «الإرشاد»: ويحتمل مع حكم الحاكم بالصفة إلزام المدّعي بالقيمة ثمّ يُستردّ إن ثبت ملكه، فجعل المختار فرعاً على تقدير حكم الحاكم بالصفة. وهو مشكل غير واضح، لأنّه مع الحكم بالحِلْية لابعث هناك ولا إرسال لوجود الحكم بل يكتب إلى حاكم بلد العبد بالحكم بشرائطه من الإشهاد ونحوه فينفذ حكمه، مضافاً إلى أنّه إذا حكم عليه بالحِلْية ووجد عند المدّعى عليه يجب التسليم إليه من غير قيمته قطعاً، ومع عدم وجدانه أو وجدان من ينطبق عليه عند غيره أو وجدان عبدين فصاعداً عنده يبطل الحكم كما أشرنا إليه، ولا يجب التسليم ولا قيمة. ولم يذكر هذا المولى

---

(١) كما في الحاوي الكبير: ج١٦ ص٣٠٤.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٣.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٠.

(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٩.

الأردبيلي وإنّما قال بعد نقل العبارة ما نصّه: لعلّه يريد إن قلنا بجواز حكم الحاكم بالصفة ولم يقع الحكم حتّى نقل وتلف قبل الثبوت، وأُريد الحكم بالصفة، يُحتمل إلزام المدّعي بقيمته، ثمّ إذا ثبت الحكم يستردّ تلك القيمة، ويحتمل أن يكون المراد أنّ الحاكم حكم بالصفة ولكن مع ذلك نقل إلى بلد الشهود حتّى تُعلم المطابقة وتلف قبل الوصول والثبوت، فيحتمل مع ذلك إلزام المدّعي بالقيمة، ثمّ إن ثبتت المطابقة ردّت إليه[1] انتهى.

قلت: الأقرب من ذلك كلّه أن يراد بالصفة سماع البيّنة لا غير تسمية للشيء بما يؤل إليه.

وقد وجدت المحقّق الثاني[2] يقول: في العبارة زيادة أو نقصان وقع سهواً وقد تبع في ذلك الشهيد في «غاية المراد[3]» قال: يمكن أن يكون قوله «بالصفة» زيادة سهواً من الناسخين.

قلت: هذا أقرب الوجوه إن ثبت، فيكون التقدير هكذا: ويحتمل مع حكم الحاكم بحمله بمصلحة إلزام المدّعي بالقيمة. ويمكن أن تبقى العبارة على ظاهرها ويكون المراد أنّه إذا حكم الحاكم بالصفة وسلّم إليه العبد يلزم المدّعي بإبقاء قيمة العبد عند القاضي أو أمين حتّى يستظهر. فلعلّ المدّعي يقيم بيّنة على خطأ الشهود فيكون حاله كحال الحكم على الغائب حيث يدفع المال إلى المدّعي بكفيل. ولعلّ هذا أقرب، فتأمّل.

بقي هناك شيء لابدّ من التنبيه عليه وهو أنّه إذا تلف على المختار من إلزامه بالقيمة وإبقائها عند الحاكم أو أمين، فهل يكون هذه القيمة عوضاً وهي المضمونة

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٣ ـ ٢٢٤.

(٢) حاشيه الإرشاد (حياة المحقّق الكركي ج ٩): ص ٥٦٩.

(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٦٦.

ولو أنكر مثل هذا العبد الموصوف في يده فعلى المدّعي البيّنة على أنّه في يده،

أو تلزمه القيمة يوم التلف أو أعلى القيم؟ احتمالات أعدلها أوسطها. فعلى الأوّل لااعتبار بزيادة قيمته فيما بعدُ، وعلى الثاني والثالث إن طابقت القيمة العُليا أو القيمة يوم التلف أو زادت عنهما فذاك وإن نقصت رجع بالزائد.

وعليك بهذه المباحث الّتي أوردناها في هذا الكتاب في هذه المسألة وغيرها، فإنّي لا أعلم أحداً استوفى الكلام فيها كما استوفيناه تحقيقاً وجمعاً ونقضاً وإبراماً، لكن ذلك مستفاد من بركات الأصحاب ـ رضي الله تعالى عنهم ـ ومن إفاداتهم ـ قدّس الله أرواحهم ـ ولولا هم ما علمنا شيئاً ولا قدرنا على إثبات مسألة، فجزاهم الله عن المسلمين خير جزاء المحسنين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أنكر مثل هذا العبد الموصوف في يده﴾ أي أنكر المدّعى عليه غائباً كان أو حاضراً كون هذا العبد الّذي قامت البيّنة عليه بالصفة. وهذا تفريع على الاحتمال الأوّل، والمرجع في ذلك إلى قاضي بلد العبد.

فالّذي ينبغي أن يقال: إنّ قاضي بلد العبد إن علم ذلك العبد في ذلك البلد سلّمه إلى المدّعي من دون حكومة. وكذا إذا ظنّ ظنّاً شرعيّاً وإلّا توقّف. فإن ادّعى المدّعي أنّ العبد المحكوم به هذا العبد، فإن صدّقه أُلزم وإلّا أُلزمه القاضي بإظهار غيره على تلك الصفة حيّاً أو ميّتاً. ثمّ يقال: وإن أنكر ... إلى آخر ما ذكر المصنّف.

وفي «التحرير» جعل هذا الفرع الّذي ذكره المصنّف متفرّعاً على الاحتمال الأوّل، لكن خصّه بحضور العبد والمحكوم عليه، قال: وإن كان العبد والمحكوم

فإن أقام أو حلف بعد النكول حبسه إلى أن يحضره، ويخلد عليه الحبس إلى أن يحضره، أو يدّعي التلف فيقبل منه القيمة، ويقبل دعوى التلف للضرورة لئلّا يخلد الحبس. وإن حلف أنّه ليس في يدي هذا العبد ولا بيّنة بطلت الدعوى. وإذا علم المدّعي أنّه يحلف حوّل الدعوى إلى القيمة.

عليه حاضرين إلّا أنّ المدّعى عليه لم يحضره مجلس الحكم طولب بإحضاره بعد قيام الحجّة بالصفة. ثمّ قال: وإن أنكر ... إلخ. وعبارة المصنّف هنا قابلة للأمرين معاً.

قوله: ﴿إلى أن يحضره﴾ قلت: إذا أحضره أعاد الشهود الشهادة على العين كما في «التحرير».

قوله: ﴿ويُقبل﴾ منه ﴿دعوى التلف﴾ أي مع يمينه. وبعد الحلف له عليه القيمة، إلّا أن يثبت أنّه كان بحيث لا يلزمه، ولكن ذلك مشكل حيث تثبت خيانته بالإنكار، إلّا أن يأتي بوجه مقبول للإنكار عند القاضي، فتأمّل.

قوله: ﴿وإن علم المدّعي أنّه يحلف حوّل الدعوى إلى القيمة﴾ يريد أنّه إذا علم أنّه يحلف على أنّ العبد ليس في يده ويمينه حينئذٍ مسموعة جاز له أن يحوّل الدعوى إلى القيمة، كما لو غصبه عيناً وعرض لها ما يوجب ضمان قيمتها مع بقاء عينها. وطريق الدعوى حينئذٍ أن يقول: إنّي أدّعي عبداً قيمته عشرون فإمّا أن يحضره أو يحضرها، لكن على هذا يقع الإشكال فيما إذا نكل عن الحلف على القيمة وردّ اليمين على المدّعي وقال له: احلف

ولو قال: أدّعي عبداً قيمته عشرة فإمّا أن يحضر العين أو القيمة فالأقرب صحّة هذه الدعوى وإن كانت متردّدة.

أنّك تستحقّ عندي القيمة كما يأتي، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن كانت متردّدة﴾ يعني إذا غصب منه عبداً ولم يدر أنّ العين باقية فيطالب بها أو تالفة ليطالب بقيمتها، وقد قرّب المصنّف ـ طاب ثراه ـ صحّة هذه الدعوى أي سماعها.

قلت: احتمال عدم السماع في المثال ضعيف جدّاً، لأنّ أصل الدعوى على العين وهو جازم بها وإنّما التردّد في الأداء فأشبه العبادة الّتي تعيّن في نيّتها الجزم فإنّه يكفي الترديد في بعض صورها، سلّمنا الترديد هنا وما كان ليكون لكنّا نمنع عدم السماع مطلقاً، ولا سيّما على القول بسماع المجهول كما اختاره فيما سلف[1]، بل إنّما لا يسمع إذا كان إلى الجزم طريق وهو منتف، فأشبه الحال في التهمة، فتأمّل جيّداً. بل الأقرب أنّه لو قال: إنّ لي عليه عبداً قيمته عشرة أو قيمة العبد وإن كان ظاهراً في الترديد المتعلّق بالمدّعي، لكن هنا عدم السماع قريب.

قال في «الإيضاح» في مثال المصنّف وجهان:

أحدهما: عدم السماع لعدم الجزم، بل يدّعي العين ويحلف عليها ثمّ ينشئ دعوى القيمة ويحلف عليها. فإن نكل المنكر عن اليمين على العين حلف المدّعي وحبس المنكر إلى أن يحضرها أو يستأنف دعوى التلف وتسمع للضرورة فيضمن القيمة بغير يمين.

قلت: كان ينبغي أن يبيّن لنا كيفيّة الحلف على العين، وظاهره أنّه يحلف على

---

(١) تقدّم في ص ١٧٦.

ولو أحضره ولم يثبت الدعوى فعلى المدّعي مؤنة الإحضار ومؤنة الردّ. وفي ضمان منفعة العبد إشكال.

استحقاقها، والمفروض أنّه لا يعلم أنّه باقية، وحينئذٍ فيحلف على أنّه غصبها إيّاها، ولم يبيّن ما إذا حلف المنكر على العين ولم يحلف على القيمة. وقلنا: لابدّ من ردّ الحاكم اليمين أو ردّها هو عليه، فإن الحلف على القيمة حينئذٍ مشكل، إلّا أن تقول: لمّا حلف على العين صار كأنّه مضمون عليه بالقيمة فيحلف المدّعي حينئذٍ على القيمة، وإلّا فلا يحلف يميناً مردّدة بين القيمة والعين أيضاً، لأنّه قد سقط حقّه من العين بحلف المنكر فليتأمّل.

قال: وثانيهما: تُسمع للحاجة، فيحلف أنّه بريء اليد والذمّة من العين والقيمة.

فجعل وجه السماع الحاجة، لا أنّ أصل الدعوى لا تردّد فيها كما عرفت. ثمّ إن كانت الحاجة تقضي بالسماع لا معنى لعدمه، فتأمّل جيّداً.

قال: ويتفرّع على ذلك أنّه إذا سلّم دلّالاً ثوباً ليبيعه ثمّ جحده ولم يعلم أنّه باعه فيطلب ثمنه أو تلف فيطلب القيمة أو هو باق فيطلب العين.

ولعلّه أراد أنّه تلف بتفريط.

قال: وصورة اُخرى، وهي ما إذا باعه حيواناً أو عيناً اُخرى بخيار للمشتري ولم يقبض الثمن وقبض المشتري المبيع ولم يعلم البائع هل فسخ المشتري فيدّعي العين أو لم يفسخ فدعواه بالثمن[1]؟

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أحضره ولم يثبت ... إلى قوله: وفي ضمان منفعة العبد إشكال﴾ هـذا تفريع على الاحتمال الثالث. ووجه

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦١.

الفصل الثالث

في كتاب قاض إلى قاض

لا عبرة عندنا بالكتاب إجماعاً

الإشكال: من التفويت، ومن الفوات بحكم الحاكم. والأوّل خيرة «المبسوط[١] والتحرير[٢] والإيضاح[٣] والدروس[٤] والمجمع[٥] والإرشاد[٦]» لكن ذكر في «الإرشاد» ذلك في حال التلف فهنا كذلك فتأمّل. قال في «الإيضاح»: والتحقيق أنّه إن كان المدّعي قد دفع للحيلولة حتّى أحضر العبد الغائب إلى بلد الحاكم فمنشؤه أنّه بدفع القيمة زال الضمان عن المدّعي، وإن دفعه للحيلولة خاصّة فلا يبرأ إلّا من نفس الرقبة ولا يقتضي ذلك انتقال الملك عن المالك ولا يملكها المدّعي. ومنافع العين تُضمن بالفوات على الفور، وإن لم يدفع القيمة بل دفعها بكفيل ضمن المنافع، فتأمّل جيّداً.

الفصل الثالث: في كتاب قاض إلى قاض

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لا عبرة عندنا بالكتاب إجماعاً﴾ معلوماً ومنقولاً في مواضع عديدة «كالخلاف[٧] والسرائر[٨] والشرائع[٩] والتحرير[١٠] والمسالك[١١]» وغيرها، حتّى في «المفاتيح[١٢]»: ولم ينقل الخلاف

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٦.
(٢ و ١٠) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٠.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٢.
(٤) الدروس الشرعيّة: ج ٢ ص ٩٢.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٤.
(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٩.
(٧) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٥ المسألة ٢٠.
(٨) السرائر: ج ٢ ص ١٧٦.
(٩) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٥.
(١١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧.
(١٢) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٩.

إلّا عن الكاتب أبي علي حيث جوّزه في حقوق الناس للضرورة وحصول الضرر، ومنعه في الحدود. ووجود المخالف معلوماً كان أو مجهولاً لا يضرّ في دعوى الإجماع كما بيّنّاه غير مرّة. فما في «المسالك» وظاهر «الشرائع» لاوجه له. على أنّه يمكن تنزيل كلامه على ما يوافق الأصحاب، وكذا كلام المولى ابن حمزة في «الوسيلة[1]». ويأتي الكلام[2] في كلام المقدّس صاحب «المجمع» إن شاء الله تعالى.

ويدلّ عليه من الأخبار ما رواه الشيخ في الصحيح عن السكوني ـ الّذي نقل الشيخ في «العُدّة[3]» الإجماع على قبول روايته ـ عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام أنّه كان لا يجيز كتابة قاض إلى قاض في حدّ ولا غيره حتّى وليت بنو أُميّة فأجازوا بالبيّنات[4].

وما رواه في الصحيح على الصحيح في محمّد بن سنان عن طلحة بن زيد ـ صاحب الكتاب المعتمد كما قال الشيخ[5] والّذي يروي عنه الأجلاّء، وقد جعله موثّقاً المجلسي[6] ـ عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام مثله[7]. فالطعن في سندهما كما صنع المحقّق في «الشرائع[8]» لعلّه لم يصادف محلّه.

ثمّ إنّهما مشهورتان مستفيضتان كما في «المختلف[9]» فينجبر ذلك بالشهرة ويؤيّد بالإجماعات المنقولة. وقوله في «المسالك[10]»: إنّ الخبر لا ينجبر بالشهرة وإن بيّنّه غير مرّة ضعيف جدّاً. وقد تبعه على ذلك سبطه السيّد في «المدارك[11]»

---

(١) الوسيلة: ص ٢١٤.
(٢) سيأتي في ص ٤٥٣.
(٣) عدّة الأُصول: ج ١ ص ٣٨٠.
(٤ و ٧) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ ج ٦ ص ٣٠٠ ح ٨٤٠ و ٨٤١.
(٥) الفهرست: ص ٨٦ الرقم ٣٦٢.
(٦) روضة المتّقين: ج ١٤ ص ١٥٣.
(٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٧.
(٩) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٨ ـ ٤٢٩.
(١٠) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٤.
(١١) مدارك الأحكام: ج ٣ ص ٢٦٨.

سواء كان مختوماً أو لا، وسواء قال القاضي لشاهدي الإنهاء: أشهدتكما على أنّ ما في هذا الكتاب خطّي أو لا. وكذا لو قال: إنّ ما في الكتاب حكمي ما لم يفصّل.

وشيخه الأردبيلي[١]، وقد رددنا عليه وأفرغنا في ذلك رسالة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿سواء كان مختوماً أو لا وسواء قال لشاهدي الإنهاء أشهدتكما على أنّ ما في هذا الكتاب خطّي أو لا﴾ هذا جميعه يدلّ عليه الإجماعات السالفة والأخبار والاعتبار، لأنّ الحكم لابدّ أن يناط بالعلم أو الظنّ الشرعيّ، وليس في المكتوب شيء من ذلك.

ونبّه بقوله: «مختوماً» على خلاف أبي حنيفة حيث قال: إذا ختم بختمه وعنونه عنده جاز أن يتحمّلا الشهادة عليه مدرّجاً[٢].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وكذا لو قال: إنّ ما في هذا الكتاب حكمي ما لم يفصّل﴾ يريد أنّه لا عبرة به لو قال القاضي للشاهدين أو لقاض آخر بأنّ ما في هذا الكتاب حكمي، لأنّ قوله هذا إخبار بفعل نفسه، فليس للشاهدين أن يشهدا إلّا بهذا الإخبار لا بنفس الفعل الّذي هو قوله: «حكمت على زيد بكذا» ويحكي لهما الدعوى. وإلى هذا أشار بقوله «ما لم يفصّل» معناه: إذا فصّل بما ذكرنا أمضاه القاضي الآخر لكن لا من جهة الكتاب بل من جهة العلم بحكمه بقوله أو البيّنة. وهذا على ما سيختار المصنّف وجماعة من عدم اشتراط حضور الشاهدين مجلس الحكم وتمام الكلام يأتي إن شاء الله تعالى عند قول المصنّف: «ولو لم يحضر الخصومة وحكى الحاكم لهما الدعوى».

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٣.

(٢) راجع بدائع الصنايع: ج ٧ ص ٧.

ولو قال المقرّ: اشهد عليّ بما في هذه القبالة وأنا عالم به فالأقرب أنّه إن حفظ الشاهد القبالة أو ما فيها وشهد على إقراره جاز، لصحّة الإقرار بالمجهول.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فالأقرب أنّه إذا حفظ الشاهد القبالة عنده أو ما فيها وشهد على إقراره جاز لصحّة الإقرار بالمجهول﴾ المراد بالحفظ ما يؤمن معه التغيّر، والقبالة هي الورقة. وموضوع المسألة ما إذا لم يقرأها المقرّ بحضوره ويعترف بها ولا الشاهد فيعترف المقرّ. ومحلّها باب الإقرار أو الوصايا، وإنّما ذُكرت استطراداً لمكان المناسبة.

وقد قرّب المصنّف هنا جواز الإشهاد على إقراره بما فيها إجمالاً وتفصيلاً. وهو خيرة «الإرشاد[1] والإيضاح[2] وغاية المراد[3] والمجمع[4]» وتردّد في «التحرير[5]». وخالف الشيخ[6] وابن إدريس[7] وصاحب «الجامع[8]» والمحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد[9]» في المقام وفي «مجمع الفوائد» في كتاب الوصايا وكذلك المصنّف في هذا الكتاب ـ أعني كتاب الوصايا ـ قال ما نصّه: ولو كتب وصيّة وقال: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة لم يجز حتّى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليهم. فأمّا إن قرأه الشاهد مع نفسه فقال له الموصي: قد عرفت ما فيه فاشهد عليّ به فالأقرب القبول. وكذا البحث في المقرّ[10] انتهى. وهو ظاهر ولده هناك[11] وربّما

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٣.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٩.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٢.
(٦) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٤.
(٧) السرائر: ج ٢ ص ١٦٢.
(٨) الجامع للشرائع: ص ٥٣٠.
(٩) حاشية الإرشاد (حياة المحقّق الكركي ج ٩): ص ٥٦٩.
(١٠) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٤٤٥.
(١١) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٤٧٣.

ظهر منه هناك أنّه مذهب الكاتب أبي علي، إلّا أنّ المحقّق الثاني [١] نسب إليه وإلى بعض العامّة القول الأوّل في الوصيّة.

احتجّ الأوّلون بما ذكره المصنّف من صحّة الإقرار والشهادة به فهذا أولى، لأنّه ميّز بوجه يمتاز به عمّا عداه إذا لوحظ وأقرّ بعلمه به مفصّلاً وقد أقرّ كامل على نفسه إقراراً صحيحاً وأمن الشاهد من التغيير، فوجد المقتضي للشهادة وانتفى المانع. هذا حاصل ما ذكروه.

قلت: قد يحتجّ لهم بخبر أبي خديجة في حديث: إنّ رجلاً كتب إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع إليه رجلان شراء لهما من رجل فقالا: لا تردّ الكتاب على واحد منّا دون صاحبه، فغاب أحدهما أو توارى في بيته، وجاء الّذي باع منهما فأنكر الشراء يعني القبالة. فجاء الآخر إلى العدل فقال له: أخرج الشراء حتّى نعرضه على البيّنة، فإنّ صاحبي قد أنكر البيع منّي ومن صاحبي، وصاحبي غائب وأظنّه قد جلس في بيته يريد الفساد عليّ، فهل يجب على العدل أن يعرض الشراء على البيّنة حتّى يشهدوا لهذا أم لا يجوز له ذلك حتّى يجتمعا؟ فوقّع عليه السلام: إن كان في ذلك صلاح أمر القوم فلا بأس إن شاء الله تعالى [٢].

وجه الدلالة: تقرير الإمام عليه السلام مع الإجمال في حكاية الحال، فتأمّل. وكأنّها لضعفها وكونها مكاتبة وعدم وضوح دلالتها أعرض أصحاب هذا القول عن الاستدلال بها. ولعلّهم لم يظفروا بها، وإلّا لأخذوها مؤيّدة.

لنا على المختار الأصل، إذ الأصل بقاء الأموال على ملك أهلها فلا حكم ولا شهادة، والإجماع في صريح «الجامع» حيث قال: إشهاد الشخص على نفسه

---

(١) جامع المقاصد: ج ١٠ ص ٢٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٧ ب ٢٦ من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

في الأملاك والوصايا على كتاب مدرّج لا يصحّ إجماعاً[١]، وصريح «السرائر[٢]» في غير موضع واحد، وقوله تعالى: «ولا تقفُ ما ليس لك به علم»[٣] ونحوه[٤]، والأخبار المتضافرة على أنّ الشهادة لا تحلّ إلّا مع العلم كقوله ﷺ: «على مثلها (الشمس خ) فاشهد وإلّا فدَع[٥]» والشاهد جاهل بما فيه حين التحمّل كما هو المفروض. وفرق بين الشاهد بالإقرار بالمجهول والشاهد هنا ـ أي على الكتاب المدرّج ـ فإنّ الأوّل يروى لفظه بعينه وهذا الشاهد يرويه حين الأداء بتفاصيله الّتي لم يتلفّظ بها.

وقد حكم المصنّف ومن وافقه إلّا قليلاً أنّه إذا عرف الشاهد خطّه وختمه وأمن من التزوير ولم يذكر الشهادة لم يجز له أن يشهد.

ثمّ إنّهم اختلفوا أيضاً، فظاهر «الإرشاد» أو صريحه أنّه لابدّ من وجود القبالة حين الإقامة وإلّا لم تجز[٦]، وظاهر المصنّف هنا عدم اشتراط ذلك كما نقل عنه الشهيد[٧] أنّه صرّح بذلك في موضع آخر، وفي «التحرير» بعد أن تردّد قال: فإن قلنا به لابدّ أن يحفظ الشاهد القبالة وما فيها[٨] فتأمّل.

فإن قلت: على ما اختاره المصنّف هنا ما الفرق بينه وبين قول الحاكم: إنّ ما في هذا الكتاب حكمي؟

قلت: هذا ممّا يرد عليهم أيضاً إلّا أن تقول بما أشرنا إليه سابقاً: من أنّ قول الحاكم ليس من الإقرار في شيء، وإنّما هو إخبار بفعل نفسه، فليس لهما إلّا أن

---

(١) الجامع للشرائع: ص ٥٣٠. (٢) السرائر: ج ٢ ص ١٧٦، وص ١٦٢.

(٣) الإسراء: ٣٦. (٤) الزخرف: ٨٦.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٥٠ ب ٢٠ من أبواب الشهادات ح ٣.

(٦) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨. (٧) غاية المراد: ج ٤ ص ٦١ ـ ٦٢.

(٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٢.

ولو شهدت البيّنة بالحكم وأشهدهما الحاكم على حكمه فالأقرب إنفاذ الثاني، للحاجة إلى الإثبات في البلاد البعيدة،

يشهدا بذلك لا بنفس الفعل الّذي هو الحكم، وإنّما لم نسمّه إقراراً لأنّه متعلّق بحقّ الغير لا بحقّ نفسه كما في ما نحن فيه.

ولم يفرّق الإصطخريّ من الشافعيّة بين المسألتين[١] ـ أعني مسألة القاضي والمقرّ ـ فجعلهما من وادٍ واحد واكتفى فيهما بمشاهدة (بشهادة ظ) الشاهدين على قوله: «هذا حكمي في هذا الكتاب» وعلى إقراره بما في القبالة. وقوله هذا متّجه لأن كان ممّن لا يشترط العلم بالتفصيل حين التحمّل.

والأردبيلي ـ رحمه الله تعالى[٢] ـ لمّا اكتفى بذلك في الأوّل اكتفى به هنا، فجعلهما أيضاً من سنخ واحد في الحكم.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو شهدت البيّنة بالحكم وأشهدهما الحاكم على حكمه فالأقرب إنفاذ الثاني﴾ كما في «الخلاف[٣] والشرائع[٤] والمختلف[٥] والتحرير[٦] والإرشاد[٧] والإيضاح[٨] والدروس[٩] وغاية المراد[١٠] وغاية المرام[١١] والمسالك[١٢] والمجمع[١٣] والمفاتيح[١٤]» وعليه استقرّ فتاوى معظم الأصحاب كما في «غاية المراد» وقد اتّفق عليه كما في

---

(١) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٦٤.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٨.
(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٥ المسألة ٤٢.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٨.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٢٩.
(٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٠ ـ ١٥١.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨.
(٨) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٤.
(٩) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٢.
(١٠) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٩.
(١١) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٦.
(١٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٥.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٢.
(١٤) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٦٩.

«الإيضاح» وهو موضع وفاق كما في «المسالك» وعليه تنزّل عبارة الكاتب وعبارة «الوسيلة» بل عبارة الوسيلة كادت تكون صريحة في موافقة الأصحاب وإن كان ظاهر «المختلف» أنّها مخالفة، قال: لا يجوز للحاكم أن يقبل كتاب حاكم آخر ويحكم به إلّا بالبيّنة، فإن شهدت البيّنة على التفصيل حكم به. وكذا عبارة «السرائر» فإنّه أوّلاً منع من قبول كتابه إلى قاض ونقل الإجماع عليه ثمّ إنّه قال: وإذا كتب الكتاب وأدرجه وأشهدهما عليه لم يصحّ، وكذا إن قرأه عليهما[1]. ولم يتعرّض لهذه الصورة، فلعلّه قائل بها ولا سيّما بشروطها الّتي سيذكر المصنّف.

والحاصل: إنّي لم أجد أحداً صرّح بالمخالفة من قدماء ومتأخّرين، ولو لا أنّ ظاهر «المختلف» وجود المخالف لادّعينا الإجماع المعلوم، بل ربّما ظهر من «المختلف» حيث قال: وربّما منع ذلك جماعة، أنّه يحتمل وجود المخالف، لا أنّ هناك مخالفاً موجوداً، سلّمنا ولكنّا ندّعي انعقاد إجماع المتأخّرين عليه. ولعلّه إلى ذلك أشار في «الإيضاح والمسالك» حيث قال: إنّه موضع وفاق كما عرفت. وليس في الأخبار ما ينافي ذلك، لأنّها إنّما منعت من التعويل على الكتاب بالبيّنات على الكتاب دون شهادة الشاهدين اللذين سمعا الحكم وحضرا الحكومة، فالتعويل عليهما لا على الكتاب، فلا حاجة بنا إلى الطعن في سندها ـ مع أنّه قويّ ـ كما صنع جماعة[2].

والحجّة على ذلك ـ بعد الإجماع المنقول في «الإيضاح[3] والمسالك[4]» والمعلوم من المتأخّرين ـ ما أشار إليه المصنّف بقوله: للحاجة إلى إثبات الحقوق ... إلخ.

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٦.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٧، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٣، والأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٣.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٥.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٦.

وليعلم أنّ المولى الأردبيلي وافق ظاهر ابن الجنيد فجوّز اعتماد قاض على كتاب آخر إذا علم أنّه كتابه أو ظنّه ظنّاً متاخماً. وحمل كلام الأصحاب على ما إذا لم يحصل هناك ظنّ ولا علم، قال: لأنّ الخطّ يحتمل التزوير، وعلى تقدير الأمن منه يمكن أن يكون كتب ذلك ماشقاً لا قاصداً فإذا قامت القرائن وتكثّرت الشهود على أنّه خطّه كتبه قاصداً بحيث يحصل الظنّ المتاخم أو العلم يجب إنفاذه وإجراؤه من غير توقّف. قال: ولهذا يجوز العمل بالمكاتبة في الرواية وأخذ المسألة والعلم والحديث من الكتاب المصحّح عند الشيخ المعتمد[١].

قلت: قد حقّقنا في التتمّة الّتي عقدها المصنّف لبيان صورة الحكم: أنّهم مجمعون على أنّ ثبوت الحكم عنده ليس حكماً ولا علمه بالقضيّة ولا إخباره كذلك، لأنّ الأصل عدم الحكم بشيء، فانحصر الحكم في صريح إنشائه، فوجب أن لا نحكم بشيء إلّا بعد تحقّق صريح الإنشاء، فلا يجوز للقاضي الآخر الإنفاذ إلّا بعد أن يثبت عنده صريح إنشائه. فلو شهد ألف شاهد أنّه أخبر بالحكم لم يجد إلّا أن يشهد الشاهدان على صريح إنشائه وقت الحكومة، وإلّا فلأيّ شيء قالوا: إنّه لابدّ من قوله: «حكمتُ» أو ما أفاد معناه من الإنشاء، ولا يكفي علمه ولا إخباره ولا قوله «ثبت عندي» و«حقّك ثابت». وقد وافقهم هذا المولى على ذلك هناك.

وهذا تحقيق نافع يرتفع به الإشكال عن أكثر مسائل هذا الفصل.

منها: إنّه إذا أخبر الحاكم الآخر بالحكم كما إذا قال له: «حكمتُ» مخبراً فإنّه لا يجدي، لأنّه حينئذٍ يكون حكماً من دون بيّنة، إذ هو خبر واحد عدل، وليس إقراراً. نعم إذا شهد معه آخر سمع الإنشاء عند القاضي الآخر أو شهد شاهدان كذلك جاز، لأنّ قول العدلين حجّة دون العدل الواحد، فبطل ما في «المسالك» من

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٠٩ ـ ٢١٠.

وتعذّر حمل شهود الأصل،

أنّ إثباته بقول الحاكم أقوى من الشاهدين. ويأتي تمام الكلام[1] إن شاء الله تعالى.

ومنها: ما إذا لم يحضر الشاهدان الخصومة وحكى لهما الحاكم صورة الدعوى وأشهدهما على الحكم وعيّن الشهود فإن أتي بالإنشاء قُبل ـ إن قلنا بصحّة الإتيان به ـ وإلّا فلا يُقبل بمقتضى ما ذكرنا لولا الأدلّة الدالّة عليه كما سيتعرّض له المصنّف ونتبّه على المخالف إن شاء الله ونبيّن الأدلّة إن شاء الله تعالى.

وأمّا قوله في «المجمع[2]»: ولهذا جاز العمل بالمكاتبة في الرواية وأخذ المسألة من الكتاب، فهذا منه عجيب! لأنّه بعد سدّ باب العلم وجب الأخذ بالظنون المخصوصة كما بيّنّاه في مبحث الشهرة في الاُصول.

هذا بالنسبة إلى الرواية، وأمّا حال مسألة الاستفتاء فليس الإفتاء كالقضاء يشترط فيه الإنشاء الصريح، وقد بيّنّا في صدر الكتاب الفرق بينهما.

ثمّ إنّ الموضوعات يكفي فيها الظنّ إجماعاً، بل يظهر من الأخبار: أنّ المعصوم القادر على تحصيل العلم فيها كان يجري فيها على ما يجري عليه الناس، فقد كان يعتمد على الشاخص وظلّ الراحلة في معرفة الزوال وكذا القبلة[3] إلى غير ذلك.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وتعذّر حمل شهود الأصل﴾ يريد أنّه قد يتعذّر حمل شهود الأصل فلو لم ينفذ حكم قاضي بلد الشهود تعذّر إثبات الحقّ.

---

(١) يأتي في ص ٤٥٧. (٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٠.

(٣) وسائل الشيعة: ج ٣ ص ١١٩ ـ ١٢٠ ب ١١ من أبواب المواقيت، وب ٦ من أبواب القبلة ص ٢٢٣.

ولخوف الاندراس، فإنّ الشهادة الثالثة لا تُسمع، ولأنّه لو أقرّ أنّ حاكماً حكم عليه أنفذه الثاني والبيّنة تثبت ما يقرّ المقرّ به لو جحد. والنصّ المانع من العمل بكتاب قاضٍ إلى قاض يتناول ما منعناه أوّلاً.

وإنّما يثبت ما سوّغناه في حقوق الناس ـ دون الحدود وغيرها من حقوقه تعالى ـ

قوله: ﴿ولخوف الاندراس فإنّ الشهادة الثالثة لا تُسمع﴾ هذه العبارة من أفصح الكلام وأبلغه وأوجزه، ومعناه: أنّ ذلك أقرب لخوف الاندراس وبطلان الحجج بتطاول المدّة، فإنّ الحاكم إذا مات بطل حكمه، وإذا لم تُسمع الشهادة على حكمه لم يمكن إثبات ما فيها إلّا بالشهادة على الوقوع، وتطاول الأزمان يأتي على الشهود والأُصول وفروعهم، والشهادة الثالثة فما فوقها لاتُسمع. ويفهم من كلامه وكلام المحقّق[1] والشهيد الثاني[2] وغيرهم أنّ هذا ممّا تقبل فيه الشهادة على الشهادة، وهو الحقّ فلا ينبغي التأمّل فيه.

قوله: ﴿ولأنّه لو أقرّ ... إلخ﴾ كان ينبغي أن يذكر وجها آخر كما ذكره غيره، وهو أنّ المنع من ذلك يؤدّي إلى استمرار الخصومة بالرفع إلى حاكم آخر وهكذا، لكنّه سيشير إليه فيما يأتي.

قوله: ﴿والنصّ المانع ... إلخ﴾ هذا إشارة إلى ما يتخيّل أن يكون حجّة للخصم إن كان خصم، وقد تقدّم بيانه.

قوله: ﴿وإنّما يثبت ما سوّغناه في حقوق الناس دون الحدود

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٦.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٠.

بشرط أن يحضر شاهدا الإنهاء خصومة الغريمين ويسمعا حكم الحاكم بينهما ويشهدهما على حكمه، فإذا شهدا عند الثاني أنفذ ما حكم به الأوّل، لا أنّه يحكم بصحّته، بل الفائدة قطع الخصومة لو عاود الخصمان المنازعة.

ولو لم يحضرا الخصومة وحكى لهما الدعوى والحكم وأشهدهما عليه،

وغيرها﴾ أراد «بغيرها» حقوق الله ـ جلّ ذكره ـ من غير الحدود. أمّا ثبوته في حقوق الناس لابتنائها على الاحتياط والاحتراز عن التضييع مع ملاحظة التضييق. وأمّا الحدود وغيرها من حقوق الله فعدمه فيها لاندفاعه بالشبهات وابتنائها على التخفيف، ولولا أنّ إجماعهم منعقد على ذلك لكان القول بثبوته فيها قويّاً جدّاً.

قوله: ﴿بشرط أن يحضر شاهدا الإنهاء ... إلخ﴾ هذا هو مقتضى قواعدهم كما سلف بيانه لكن قوله «ويشهدهما على حكمه» ليس من مقتضيات القاعدة، وكأنّه ذكره على سبيل الاحتياط.

قوله: ﴿لا أنّه يحكم بصحّته﴾ الوجه في ذلك ظاهر وهو ما ذكره المصنّف: من أنّ القاعدة قطع الخصومة، وليس عليه أن يبحث عن المنشأ، لأنّ الأصل والظاهر قاضيان بأنّه قضى بحقّ، ولعلّه لو بحث لرآه خطاء أو مخالفاً لاجتهاده فتنتفي الفائدة.

قوله: ﴿وأشهدهما عليه﴾ لعلّه احترز به عمّا لو قال: «ثبت عندي» ونحوه.

ففيه نظر أقربه القبول في إخباره كحكمه.

قوله: ﴿ففيه نظر، أقربه القبول في إخباره كحكمه﴾ كما في «الشرائع[1] والإرشاد[2] والدروس[3] وغاية المراد[4] والمسالك[5] والمجمع[6]». ولم يحكم بشيء في «التحرير والإيضاح وغاية المرام». وهو مذهب الأكثر كما في «المسالك[7]» ويظهر من «غاية المراد» أنّه فتوى المعظم. واستجوده المحقّق الثاني[8]. وذهب الشيخ في «الخلاف[9]» إلى عدم القبول وظاهره دعوى الإجماع، وكأنّهم لم يظفروا بذلك وإلّا لنقلوه عنه.

وجه القبول انطباق بعض الأدلّة السابقة عليه فيخرج بها عن القاعدة، ولأنّ الاعتماد على حكمه لعدالته واستجماعه شرائط القضاء، والعدالة تقتضي تصديقه في إخباره. وهذا هو مراد المصنف بقوله «أقربه القبول في إخباره كحكمه» وفيه نظر سبق بيانه.

قال في «غاية المراد والمسالك والمجمع»: الوجه في ذلك أنّه كلّما كان حكم الحاكم ماضياً كان إخباره به ماضياً لكنّ المقدّم حقّ والتالي مثله. وحقيقة المقدّم واضحة والملازمة ظاهرة، لأنّ غاية الحضور سماعهما الحكم، إذ لا اعتبار بما وقع في المجلس غيره من الدعوى وشهادة الشاهدين وتعديلهما ما لم يحصل الحكم، وهو عبارة عن الإخبار بثبوت الحقّ من أهله بلفظ «حكمت» ونحوه، وصورة النزاع إخبار بذلك، فلا ترجيح لأحدهما على الآخر.

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٨.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٢.
(٤) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٩.
(٥ و ٧) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٦.
(٦) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٤.
(٨) لم نعثر عليه.
(٩) الخلاف: ج ٦ ص ٢٤٥ المسألة ٤٢.

ولو كانت الدعوى على غائب فسمعه الشاهدان وإقامة البيّنة والحكم ثمّ أشهدهما الحاكم به أنفذها الثاني أيضاً.

ولو أخبر الحاكم آخر بأنّه حكم فالقبول أرجح.

قلت: فيه نظر ظاهر، إذ لا نسلّم أنّ الحكم إخبار بل إنشاء كما تقدّم[1]، فالترجيح حاصل لأنّ خبر العدل ليس حجّة في إثبات الأحكام في الخصومات قاضياً كان أو غيره، نعم حكمه الّذي هو إنشاء حجّة للدليل. ومن هنا ظهر ما في «المجمع» حيث قال: إنّ إخباره بالحكم حجّة والردّ عليه كفر، فالمدار على الدليل الأوّل[2]. فكان للحضور فائدة وهي سماع إنشاء الحكم لا الإخبار به كما عرفت.

ووجه العدم الاقتصار فيما خالف الأصل لكونه اتّباعاً لغير معلوم على موضع اليقين والاحتياط التامّ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت الدعوى على غائب ... إلخ﴾ يريد أنّ هذا الحكم يجري في الغائب أيضاً وإن لم يكن هناك خصومة ولا حضور غريمين إذا سمع الشاهدان الدعوى وإقامة الحكم ثمّ أشهدهما الحاكم به. وهذا الأخير إنّما اشترط احتياطاً كما عرفت[3]، لكنّ الغائب على حجّته إذا كان له حجّة تعارض مناط الحكم، كما أنّه إذا حضر عند الحاكم الأوّل كان على حجّته.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أخبر الحاكم آخر بأنّه حكم وهو حاكم فالقبول أرجح﴾ قيّد بقوله «وهو حاكم» احترازاً عن المعزول.

ووجه القبول انطباق بعض الأدلّة السابقة عليه، لأنّ الضرورة باقية لعدم انحصارها في الأماكن المتباعدة، لأنّ من جملتها قطع الخصومة وهو لا يتمّ إلّا

---

(١) تقدّم في ص ٤٥٣.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٠.
(٣) تقدّم في ص ٤٥٦.

ولو أخبر بأنّه ثبت عنده أو شهد الشاهدان بالثبوت لم يفد شيئاً.

وإذا أراد إقامة البيّنة بالحكم عند الثاني حكيا ما شهداه من الخصومة وما سمعاه من الحاكم وقالا: أشهدنا على حكمه وإمضائه. ولو قرأ عليهما الكتاب فقالا: أشهدنا بأنّه حكم بذلك جاز

بقبول ذلك، وليس ذلك أقوى من البيّنة كما عرفت ولا إقرار كما توهّم، لأنّه في حقّ الغير، وليس إخباره حجّة كحكمه كما ظُنّ، فتذكّر.

والقبول خيرة «الإرشاد[1]» وظاهر «الإيضاح[2] والدروس[3] وغاية المراد[4] والمجمع[5] والمسالك[6]».

ومنع منه الشيخ[7] ـ رحمه الله تعالى ـ جرياً على الأصل وأنّ الضرورة منتفية. وتردّد في ذلك المحقّق[8] والمصنّف في «التحرير[9]» والصيمري في «غاية المرام[10]».

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لم يفد شيئاً﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً. والوجه في ذلك ظاهر، لأنّه ليس لحاكم أن يحكم بالثبوت عند غيره، نعم لو ثبت عندهما ثبت عند الآخر بالبيّنة له أن يحكم إذا التمسه المدّعي كما هو ظاهر.

قوله: ﴿وإذا أراد إقامة البيّنة ... إلى قوله: جاز﴾ يريد أنّ الشاهدين لا يكفي شهادتهما على الإجمال، فلابدّ من تفصيل الواقعة على الوجه الّذي ذكره،

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨.
(٢) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٥.
(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٢.
(٤) غاية المراد: ج ٤ ص ٥٩.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢١٤.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٧.
(٧) المبسوط: ج ٨ ص ١٢٨.
(٨) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٨.
(٩) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥١.
(١٠) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٦.

ويجب أن يضبط الشاهدان ما شهدا به. فإن اشتبه على الثاني لم يحكم إلّا بعد الوضوح.

وللشاهد على الحكم أن يشهد عند المكتوب إليه وعند غيره وإن لم يكتب القاضي في كتابه إلى من يصل إليه من القُضاة أو مات الكاتب أو المكتوب إليه.

ولو تغيّرت حال الأوّل بعزل أو موت لم يقدح في العمل بحكمه.

إمّا بلفظها أو بأن يقرأ الحاكم الثاني عليهما الكتاب المشتمل على الحكم فيقول الشاهدان: أشهدنا الحاكم فلان على نفسه أنّه حكم بذلك، لأنّه حينئذٍ شهادة على أمر مفصّل معلوم بالقراءة عليهما. ونبّه بذلك على خلاف بعض العامّة [1] وإلّا فالظاهر أنّ أصحابنا لا يختلفون فيما ذكرنا.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويجب أن يضبط الشاهدان ما شهدا به﴾ يريد أنّهما يضبطان جميع أجزاء المشهود به من الخصمين والحقّ والحكم.

قوله: ﴿وللشاهد على الحكم أن يشهد ... إلخ﴾ نبّه بهذا على خلاف بعض العامّة [2] حيث لم يجوّزوا ذلك إلّا بعد تعيين واحد كأن يكتب إلى فلان وكلّ من يصل إليه الكتاب. ونحن نقول: إنّ لهما ذلك وإن لم يعمّم لهما الإذن بالشهادة عند كلّ قاض لعدم اشتراط الشهادة بالإذن بل لو عمّم في الكتاب جاز. ولا عبرة بالكتاب ولا حياة الحاكم وإنّما العبرة بالحكم فلا يقدح موت الكاتب أو المكتوب إليه.

قوله: ﴿لم يقدح في العمل بحكمه﴾ نبّه بذلك على خلاف العامّة [3] فناس على القدح مطلقاً، وآخرون إن سبق على الخروج. ونحن لا نفرّق بين سبق

---

(١) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٧١.

(٢) راجع الفتاوي الهندية: ج ٣ ص ٣٨٣.

(٣) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٣١.

ولو تغيّرت بفسق لم يُعمل بحكمه ويُقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه. أمّا المكتوب إليه فلا اعتبار بتغيّره، بل كلّ حاكم قامت بيّنة الإنهاء عنده حكم.

ويجب أن يذكر الشاهدان اسم المحكوم عليه وأبيه وجدّه وحِلْيته بحيث يتميّز عن مشاركة، وذكره في الكتاب أيضاً أحوط.

التغيير على خروج الكتاب من يده أو لا، للأصل وعموم الدليل، إلّا أن يكون القاضي خليفته وينعزل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه﴾ قالوا: الفرق بينه وبين الموت أنّ ظهور الفسق دليل على عدم قوّة نفسه ومبالاته بالشرع. ولو لا أنّ ظاهرهم عدم الخلاف في ذلك ـ كما هو ظاهر «المسالك[1]» ـ لأمكنت المناقشة، ولا سيّما إن تأخّر الفسق عن حكمه لا ظهوره، تأمّل جيّداً.

قوله: ﴿أمّا المكتوب إليه فلا عبرة بتغيّره﴾ هذا وما بعده قد عُلم حكمه وكأنّه أراد التنصيص على ذلك لمكان الخلاف من العامّة[2]. والوجه في ذلك ما عرفت من أنّ العبرة بثبوت الحكم فلا يختصّ الإنفاذ بالمكتوب إليه عندنا.

قوله: ﴿ويجب أن يذكر الشاهدان اسم المحكوم عليه ... إلخ﴾ قلت: وقد يحتاج إلى تمييز المحكوم أيضاً كذلك وذكره في الكتاب إذا احتيج إليه أحوط كالمحكوم عليه، فتأمّل.

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٩ ـ ٢٠.

(٢) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٣٢.

فإن أقرّ المأخوذ أنّه المحكوم عليه أُلزم، وإن أنكر فالقول قوله مع اليمين إذا كانت الشهادة بوصف مشارك غالباً، إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه الخصم. ولو كان الوصف يتعذّر مشاركته فيه إلّا نادراً لم يُلتفت إليه، لأنّه خلاف الظاهر.

ولو أظهر من يشاركه في الصفات اندفع الحكم عنه إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه الخصم، وإن أنكر كونه مسمّى بذلك الاسم فإن أقام المدّعي بيّنة حكم عليه وإلّا حلف وانصرف القضاء عنه، وإن نكل حلف المدّعي وأُلزم.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن أقرّ المأخوذ أنّه المحكوم أُلزم ... إلى قوله: ولو قصّر القاضي﴾ لا يخفى أنّ ظاهر هذه العبارة الفرق بين المشهود عليه بالصفة والمشهود عليه بالاسم، مع أنّه غير قائل به جزماً. وظاهرها التكرار، لأنّه قال: إن أنكر فالقول قوله مع اليمين إذا كانت الشهادة بوصف مشارك غالباً إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه الخصم. وقال بعده: ولو أظهر من يشاركه في الصفات اندفع الحكم عنه إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّ الحقّ له ... إلى غير ذلك ممّا يظهر لمن لحظها في أوّل النظر.

ثمّ إنّها اشتملت على أحكام لم يظهر وجهها، وهو أنّ القول قول المدّعي مع ندرة الاشتراك، والقول قول المنكر مع عدمها، وغير ذلك.

والّذي خطر في البال في تأويلها بعد فضل التأمّل ومعاودة النظر مرّة بعد أُخرى وكرّة بعد أُولى أن يقال: إنّ المراد بالوصف في قوله: «وإن أنكر فالقول قوله

مع اليمين إذا كانت الشهادة بوصف مشارك غالباً» ما هو أعمّ من الحِلْية والاسم، إذ الكلّ وصف. والمراد بالإنكار إنكار كونه المحكوم به مع قطع النظر عن خصوص الوصف بالاسم والحِلْية. والمراد بالإنكار في قوله «وإن أنكر» كونه مسمّى بذلك الاسم أي أنّه أنكر صفة خاصّة من الصفات المشهود بها، فلا فرق بين الاسم والحِلْية. والمراد بالمشاركة في الوصف هنا الوصف الغالب اسماً كان أو صفة. وأراد بقوله: «ولو أُظهر من يشاركه في الصفات» الصفات النادرة فيكون من تتمّة قوله: «ولو كان الوصف ممّا يتعذّر المشاركة إلّا نادراً» فيرتفع التكرار، لكن يبقى عليه خدش سهل وهو كان الأولى أن يقول: الوصف دون الصفات. وأمّا ذكر النكول في الثاني دون الأوّل فالأمر فيه سهل، لوضوح حكمه.

وإيضاح العبارة كلّ الإيضاح إنّما يكون بذكر عبارة المصنّف حكماً[1] والإشارة إلى بيان المراد وكيفيّة الجمع.

فنقول: قوله «فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه إذا كانت الشهادة بوصف مشارك غالباً إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه الخصم»، انتهى يريد أنّه إذا أنكر أنّه المحكوم عليه كأن قال: لست المحكوم عليه فإنّ لي مشاركين في هذه الصفات والأسماء فالقول قوله إذا كانت الشهادة بوصف مشارك غالباً، كأن يكون هناك أُناس مسمّون بهذه الأسماء وموصوفون بهذه الصفات، وذلك كأن يدّعي أنّ له أخوين آخرين مسمّين باسمه. فالمراد بالوصف هنا أعمّ من الاسم والحِلْية، وحينئذٍ فالقول قوله مع يمينه عند المصنّف. وفيه تأمّل يأتي وجهه. هذا إذا لم يقم المدّعي بيّنة، أمّا إذا أقام المدّعي بيّنة على انحصار ولد أبيه فيه فيلزم. وترك ذكر ما إذا لم يكن له بيّنة ونكل المأخوذ عن الحلف، فإنّه يحلف المدّعي.

---

(١) كذا في النسخ، ولم نعرف ما أراد بقوله: حكماً.

وإن قال: لا أحلف على أنّي لست المحكوم عليه ولكنّي أحلف على أن ليس لفلان عليّ شيء هل يجاب إليه؟ وجهان أوجههما العدم كما سيأتي. وإنّما ترك الإشارة إليه، لأنّه سيذكره.

وأمّا قوله: «ولو كان الوصف ممّا يتعذّر مشاركته فيه إلّا نادراً لم يلتفت إليه لأنّه على خلاف الظاهر» فإن كان مراده بعدم الالتفات إليه أنّ القول قول المدّعي مع يمينه كما صرّح به في «الإرشاد[1]» كان لنا فيه تأمّلاً يأتي بيانه. وإن كان مراده أنّ القول قوله أيضاً من دون يمين كما هو ظاهر «الشرائع[2] والمسالك[3]» توجّه عليهم أنّكم في المحكوم به ما قطعتم بجواز الحكم عليه بالحلية وقلتم فرق بينه وبين المحكوم عليه، لأنّ المحكوم عليه له لسان يخاصم وينكر به، فإذا لم يلتفتوا إلى إنكاره هنا كنتم ساويتم بينهما، فالحقّ ما سنختاره في آخر هذه المسألة، ولايندفع عنهم هذا الأخير إلّا أن يدّعوا أنّه حينئذٍ يحصل القطع أو الظنّ الشرعي، فتأمّل.

وأما قوله: «ولو أظهر من يشاركه في الصفات اندفع الحكم عنه» فهو من تتمّة قوله: «ولو كان الوصف ممّا يتعذّر مشاركته فيه إلّا نادراً لم يلتفت إليه لأنّه على خلاف الظاهر» فكأنّه قال: لا يلتفت إليه إلّا إذا أظهر من يشاركه في تلك الصفات النادرة فيلتفت إليه، لأنّ الحكم حينئذٍ يكون وقع على مبهم فيكون باطلاً، فإذا ادّعى عليه عند الحاكم الآخر أنّه هو كان القول قوله مع يمينه إلّا أن يقيم المدّعي البيّنة أنّه الخصم. وهذا مراد المصنّف وإن لم يصرّح به وبهذا يرتفع التكرار.

وأمّا قوله: «فإن أنكر كونه مسمّى بذلك الاسم ... إلخ» فمعناه: أنّه إذا أنكر كونه

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٨.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٩.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢١ ـ ٢٢.

مسمّى بذلك الاسم المشهود به مثلاً أو صفة من صفاته، وبالجملة أنكر أن يكون موصوفاً بصفة اسماً كان أو صفة، فإن أقام المدّعي بيّنة حكم عليه، وإلّا حلف فانصرف القضاء عنه ... إلى آخر ما ذكره. فقد التأمت أطراف العبارة.

وأمّا ما ذكرناه من التأمّل فهو ما أشرنا إليه من أنّ القول قول المنكر مع عدم ندرة الاشتراك وأنّ القول قول المدّعي في حال الندرة مع اليمين فلم يظهر لي الدليل عليه، إذ مقتضى القاعدة مع ملاحظة الاحتياط الّذي يراعونه أشدّ مراعاة في الحكم على الغائب أن يقال: إن ثبت يقيناً أو حصل ظنّ شرعي من شهادة الشهود العدول أنّه المحكوم عليه ينفذ عليه الحكم السابق مع الندرة وبدونها، وإلّا فإذا ادّعي كونه المحكوم عليه ولم يثبت وأنكر يحلف، فإن نكل قضي عليه أو ردّ اليمين ثمّ يُقضى عليه.

وقد يقال: إنّه مع عدم الندرة لكثرة الأشباه يحصل الاشتباه فيبطل الحكم، لأنّه حينئذٍ يكون وقع على مبهم ويدّعى أنّه لا يمكن أن يحصل هناك ظنّ شرعي أو علم، وعلى هذا يكون القول قول المنكر مع يمينه إذا ادّعي عليه أنّه المحكوم عليه. وأمّا في الثاني فيقال: إنّه مع الندرة يحصل القطع أو الظنّ الشرعي بأنّه هو المحكوم عليه، فإذا أنكر وجّهنا اليمين على المدّعي للاستظهار ومراعاة الاحتياط في الحكم على الغائب.

وبهذا يحصل الفرق بين المحكوم عليه والمحكوم به، فإنّه يحكم على الأوّل بالحِلْية في حال الغيبة، لأنّ له لساناً ينكر به فتردّ اليمين على المدّعي، وهذا بخلاف المحكوم به. وعلى هذا ينبغي تنزّل عبارة المصنّف، أعني قوله: «لم يلتفت إليه» على صريح «الإرشاد» من أنّه لابدّ حينئذٍ من حلف المدّعي، لا على ظاهر «الشرائع والمسالك» فتأمّل جيّداً. وقد حصل بناء على هذا موضع خامس يحلف فيه المدّعي.

ولو لم يحلف على نفي الاسم بل على أنّه لا يلزمه شيء لم يُقبل.

ولو قصّر القاضي فكتب اسم المقرّ واسم أبيه خاصّة فأقرّ رجل أنّه مسمّى باسمه وأنّ أباه مسمّى باسمه وأنّه المعنيّ بالكتاب ولكن أنكر الحقّ فالوجه أنّه يلزمه على إشكال ينشأ من أنّ القضاء المبهم في نفسه غير ملزم.

قوله: ﴿لم يُقبل﴾ لأنّه غير ما فيه الخصومة. ويحتمل القبول، لأنّه لازمه، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿ولو قصّر القاضي فكتب اسم المقرّ﴾ لا يخصّ ذلك المقرّ بل يجري في المحكوم عليه بالحِلْية.

قوله: ﴿فالوجه أنّه يلزمه﴾ الحقّ كما هو خيرة «الدروس [1] والمسالك [2]» وظاهر «الشرائع [3]» أخذاً بإقراره. وقال في «التحرير [4] والإيضاح [5]»: إنّه لا يلزم، لأنّ إقراره مبنيّ على صحّة الحكم، وهذا الحكم لا يصحّ، لأنّ القضاء المبهم في نفسه غير صحيح، ولأنّه لم يقرّ بأنّه المحكوم عليه.

قلت: يجب عليهم أن يبيّنوا لنا الفرق بين ما إذا لم يقصّر واستقصى الوصف ثمّ ظهر الاشتراك واتّفق الاشتباه ثمّ أقرّ أحد المشتبهين بأنّه المحكوم عليه، فإنّه يلزم ـ كما صرّحوا به ـ ولم يقع الحكم باطلاً غير ملزم لمكان الإبهام، وعدم التقصير لا يصلح للفرق ولا يرفع الإبهام.

والّذي ينبغي أن يقال: إنّ القضاء المبهم على قسمين: قضاء مبهم في أصله كأن

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٩٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٢.

(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ٩٩.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٥٢.

(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٦.

ولو ادّعى أنّ في البلد مساوياً له في الاسم والوصف كلّف إظهاره، فإن كان حيّاً سُئل، فإن اعترف أنّه الغريم أُطلق الأوّل،

يقضي على رجل أو على أحمد بن محمّد من دون قصد شخص بعينه، وهذا باطل بل عبث غير شائع (غير سائغ خ) وقضاء قصد به شخص معيّن لكن عرض له الاشتباه. وهذا يقع على نحوين: أحدهما: ما أشار إليه المصنّف، وهو ما إذا أقرّ عنده شخص معيّن معروف باسمه ونسبه وشخصه وحكم عليه القاضي لكنّه قصّر فكتب أقرّ أحمد بن محمّد ولم يشخّصه فعرض الاشتباه. والثاني: ما أشرنا إليه نحن عند قول المصنّف «فكتب اسم المقرّ» فقلنا: والمشهود عليه كذلك، وهو ما إذا قامت البيّنة على شخص ونعتوه بصفاته على التمام بحيث لا يظنّ اشتباه، ثمّ اتّفق الاشتراك وعروض الاشتباه، ففي هاتين الصورتين لايكون الحكم باطلاً من أصله بل يكون غير ملزم مادام مشتبهاً، فإذا أقرّ شخص أنّه المعنيّ بالكتاب المسمّى بالاسم زال الاشتباه وارتفع الإبهام وأُلزم بالحقّ وإن أنكره، لأنّ إنكاره لايجديه كما إذا لم يشتبه بغيره لكنّه أنكر فإنّ إنكاره لا ينفعه. وقد أشار إلى ذلك الشهيد الثاني إشارة خفيّة حيث قال: وقيل: لا، لأنّه قضاء مبهم فيبطل من أصله، وهو بعيد، انتهى [1].

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿أُطلق الأوّل﴾ أي وأُلزم المعترف بالحقّ. ولابدّ من تقييده بما إذا لم يصرّ المحكوم له على أنّ غريمه الأوّل، فإنّه حينئذٍ يُكلّف بالبيّنة، فإن أقامها وإلّا أُطلق الأوّل والثاني، فتأمّل.

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٢.

وإن أنكر وقف الحكم حتّى ينكشف الغريم منهما. وإن كـان مـيّتاً وشهدت الحال ببراءته إمّا لتأخّر تاريخ الحقّ عن موته أو لأنّ الغريم لم يعاصره أو لغير ذلك لم يُلتفت إليه، وإلّا وقفت حتّى يظهر الأمر.

ولو اقتصر الحاكم على سماع البيّنة لم يحكم الثاني وإن كانت عادلة عنده.

ولو قال الخصم: أنا أجرح شاهدي الأصل أو الإنهاء في بلادهم لم يمكّن بل يسلّم المال، ثمّ إن ظهر الجرح استردّ.

قوله: ﴿وأن أنكر وقف الحكم حتّى ينكشف الغريم منهما﴾ وذلك يكون بأحد اُمور أربعة: إمّا بإقرار أو بيّنة أو نكول أو مراجعة القاضي الأوّل فيعيّن هو أحدهما بما يميّزه عن الآخر إن كان ثبت عنده المميّز.

قوله: ﴿وإن كان ميّتاً﴾ أي وإن كان الّذي أظهره ميّتاً.

قوله: ﴿وإلّا وقف الحكم حتى يظهر الأمر﴾ ينتفي هـنا أمـران فـي الميّت من الاُمور الأربعة وهما الإقرار والنكول. ويأتي غيرهما كالتاريخ ونحوه ممّا يذكر المصنّف.

وقد أطلق المصنّف الحكم بإيقاف الحكم، وقال في «المسالك[1]»: لو صـدر الحكم من الحاكم الأوّل بعد الوفاة لم يلتفت إليـه، لأنّ الظـاهر الانـصراف إلى الحيّ، وهو كما ترى ممنوع، نعم إن كان فـي الكـتاب دلالة عـلى ذلك أو عـلم علم الحاكم بموته.

قوله: ﴿لم يمكَّن﴾ ليس المراد أنّه لا يمكّن من الجرح، بل المراد لم يمكّن

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٢.

من الامتناع من التسليم للحقّ إلى حين الجرح. وفي قوله: «في بلادهم» إشارة إلى أنّه لو ادّعى الجرح في هذه البلد يُمكَّن من الامتناع إلى حين الجرح. والأجل في ذلك ثلاثة أيّام كما مرّ في محلّه.



المقصد السادس
في القسمة

وفيه فصول:

قوله: ﴿المقصد السادس: في القسمة﴾ القسمة مشروعة بالنصوص والكتاب والإجماع، أمّا النصوص فما روي: أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام كان عبدالله بن يحيى قسّاماً له[1]، وما روي: أنّ رسول‌الله صلى الله عليه وآله قسّم خيبر على ثمانية عشر سهماً[2]. وقال: الشفعة فيما لم يقسّم فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة[3]. وأمّا الكتاب فقوله تعالى: ﴿ونبّئهم أنّ الماء قسمة بينهم﴾[4] ﴿وإذا حضر القسمة﴾[5]. وأمّا الإجماع فمعلوم ومنقول في عدّة مواضع، بل مشروعيّة القسمة ضروريّة.

وقد ذكرنا في المواريث[6] قوله تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة﴾ وبيّنّا أنّها غير منسوخة وأنّها محمولة على استحباب الطعمة كما هو المشهور. وبعضهم يذكرها في الشركة كما في «الشرائع[7] والإرشاد[8]» وفي «التذكرة[9]» ذكرها في مواضع

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٣.
(٢) راجع السنن الكبرى: ج ١٠ ص ١٣٢.
(٣) راجع السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٢.
(٤) القمر: ٢٨.
(٥) النساء: ٨.
(٦) تقدّم في ج ٨ ص ١٣٣.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ١٣٢.
(٨) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٣.
(٩) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٢١٩، وص ٤٠ و١٨٥.

الأوّل: في حقيقة القسمة

القسمة تمييز أحد النصيبين عن الآخر وإفراد[1] الحقّ عن غيره، وليست بيعاً وإن تضمّنت ردّاً، فتجوز قسمة الثمار خرصاً والمكيل وزناً وبالعكس.

متفرّقة، وفي «الدروس[2]» أفرد لها كتاباً بعد القضاء، والأكثرون يذكرونها في القضاء، لأنّها تنشأ من نزاع المتشاركين ولأنّه لابدّ للقاضي من قسّام. وقد عقد المصنّف لها فصولاً خمسة.

قوله: ﴿القسمة تمييز أحد النصيبين عن الآخر وإفراز الحقّ عن غيره، وليست بيعاً عندنا﴾ لا يختلف اثنان من أصحابنا ـ رضي الله تعالى عنهم ـ في أنّها أمر برأسه سواء كان فيها تقويم أو ردّ أم لا، فإذا حصلت حصل الملك بها، وليست بيعاً ولا صلحاً ولا غيرهما، لعدم وجود خواصّ الغير فيها مثل صيغة البيع وغيرها بالإجماع كما في «المجمع[3]» وغيره[4].

بيان ذلك: إنّها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإجبار ويلزمها أي يلزم الإجبار القسمة بمعنى أنّه بعد القسمة وإن كانت بالإجبار يلزم القسمة ولا يجوز للشركاء الرجوع، بخلاف البيع فإنّه لو اُجبر عليه كان له خيار الفسخ، ويتقدّر ويتعيّن أحد النصيبين بقدر الآخر.

وخالف العامّة فاختلفوا، فبعض على أنّها بيع، وبعض إن تضمّنت ردّاً كانت بيعاً، ومنهم من نفى الخلاف في أنّها بيع[5].

---

(١) كذا في قواعد الأحكام، والمصطلح: الإفراز.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٠ ـ ٢١١.
(٤) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٣.
(٥) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٥٦ ـ ٢٥٧، والمجموع: ج ٢٠ ص ١٧٢، والمغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٥٠٢.

وأنت تعلم أنّ اشتراك كلّ جزء يُفرض قبلها بينهما واختصاص كلّ واحد بجزء معيّن وإزالة ملك الآخر عنه بعدها بعوض مقدّر بالتراضي ليس حدّ البيع ـ كما قالوا ـ حتّى يدلّ عليه وتكون بيعاً، والمعاوضة لاتنحصر في البيع، فخرجت قسمة الردّ أيضاً عن تعريف البيع فكانت قسماً برأسه كما تقدّم.

قال أصحابنا: وتظهر الفائدة في عدم ثبوت الشفعة للشريك وجواز القسمة بالخرص ـ لكنّ الأحوط اعتبار خارصين كما في «الدروس[1]» ـ والمكيل بالوزن والعكس كما أشار إليه المصنّف، وعدم بطلانها بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض في البيع وعدم خيار المجلس، وغير ذلك. ولقد سألني يوماً بعض مشايخي ـ أدام الله تعالى أيّام حراسته ونفعنا بصالح دعائه وبركته ـ فقال لي: كيف يتفرّع على ذلك عدم ثبوت الشفعة، مع أنّ المشهور لا شفعة مع كثرة الشركاء؟ فكان الجواب بعد النظر بوجهين: الأوّل: إنّ ذلك لا ينطبق إلّا على خلاف المشهور. الثاني: إنّه تكون الشفعة بينهما فيثبت له شفعة على نفسه و ينطبق على المشهور. وقد قال في «الشرائع» في كتاب الشفعة: لو كانت الدار بين ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحقّ الشفعة الثالث دون المشتري، لأنّه لا يستحقّ شيئاً على نفسه، وقيل: تكون بينهما، ولعلّ الأوّل الأقرب[2] انتهى.

ولنرجع إلى بيان العبارة فنقول: كان الأولى أن يأتي بالتعيين بدل «التمييز» ويأتي بقوله: «فصاعداً» فيقول أحد النصيبين فصاعداً. وذلك سهل. وإنّما الكلام في «الواو» في قوله «وإفراز» فيحتمل أن تكون على أصلها وهو مطلق الجمع، وذلك إنّما يتصوّر بوجود كلّ واحد منهما لا بدون الآخر. وفيه منع ظاهر، لأنّه قد يحصل التمييز بدون الإفراز فيما إذا بقي حقّ الطريق والشرب والإفراز بدون التميز ببيع

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ٢٥٧.

ولا تصحّ إلّا باتفاق الشركاء.

وإذا سأل الشركاء من الحاكم القسمة أجابهم وإن لم يثبت عنده الملك لهم على رأى سواء كان عقاراً نسبوه إلى ميراث أو غيره

أحدهما نصيبه من الآخر، فلابدّ على هذا أن يكون الإفراز تأكيداً لمفهوم التميز لامغايراً له، ولذا تركه غيره. ويمكن أن تكون «الواو» بمعنى «أو» ويكون المراد بيان أنّ القسمة ذات نوعين: أحدهما: ما يتميّز به الحقّ وذلك في قسمة الأعيان. والثاني: ما يفرد به الحقّ عن الآخر مع بقاء الشركة في الأصل، وهي قسمة المهاياة في الأزمان كاستخدام العبد و استعمال السقّاء، وهذا حسن لا بأس به.

قوله: ﴿ولا تصحّ إلّا باتّفاق الشركاء﴾ هذه عين عبارة «الشرائع[1]» وظاهرها مخالف لما صرّحا به بعدها من أنّه يُجبر الممتنع، فتأوّلها الشهيد الثاني ـ قدّس الله تعالى روحه ـ بأنّ المراد لا تصحّ مطلقاً أو لا تصحّ من أحد الشركاء بدون مراجعة الشريك أو من يقوم مقامه، ثمّ قال: ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الإبهام[2].

قلت: تصريحهما بعد هذه العبارة باشتراط الضرر في إجبار الممتنع يدلّ على أنّ المراد منها التنبيه على مسألة إجماعيّة وهو أنّهم قالوا: مع الضرر على الكلّ لاتصحّ إلّا باتّفاق الشركاء اتّفاقاً كما يأتي الكلام فيه، فترك قيد الضرر من الأوّل لدلالة الثاني عليه. ولعلّه أراد ذلك بقوله: «إنّ المراد لا تصحّ مطلقاً» فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإذا سأل الشركاءُ الحاكمَ القسمة أجابهم وإن لم يثبت عنده الملك لهم على رأي﴾ كما في موضع من

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ١٣٢.

(٢) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٣١٩.

«المبسوط[١] والخلاف[٢] والشرائع[٣] والإيضاح[٤] والدروس[٥] وغاية المرام[٦]». ونقل في «الشرائع والدروس غاية المرام خ» عن الشيخ في «المبسوط» القول بالمنع ولم نجده. وربّما أوهم ذلك عبارة الكاتب لكن آخرها صريحة في الجواز. قال كما نقل عنه في «المختلف»: لو تنازع المدّعون الأرض على سهامهم ثمّ سألوا الحاكم القسمة بينهم لم أختر للحاكم ذلك، إلّا أن يثبت عنده البيّنة بملكهم أو ميراثهم من مالكها، فإن أراد الحاكم أن يقسّمها بينهم لم يفعل ذلك حتّى يشيع أمرها بين جيرانها وينتظر مدّة يمكن أن يحضر لها مدّع لها أو لبعضها إن كان مالكاً لها، فإن قسّمها لم يسجّل بالقسمة إلّا أن يذكر الحال وأنّه لم يثبت عنده تملّكهم إيّاها ولا أعلم لهم منازعاً لئلّا يكون ذلك حكماً منه بالملك لهم يلزم من بعده إنفاذه[٧]. فما في «الدروس» من نسبة المنع إليه إلّا أن يشيع الحال وينتظر مدّة، مبنيّ على أنّ قوله «فإن قسّمها» متفرّع على ذلك، وفيه تأمّل.

والحقّ الجواز، لأنّ ظاهر اليد الملك ولا منازع كما هو المفروض. ولا يلزم من القسمة الحكم بالملك إذا كتب في كتاب القسمة أنّها وقعت بقولهما. وظاهر «الخلاف» دعوى الإجماع حيث قال: قُسّمت عندنا، ولو لا أنّه قال في «المبسوط[٨]»: قال قوم: لا يقسّمه وقال آخرون: يقسّمه، لأدّعينا عليه الإجماع إن كان هؤلاء القوم من أصحابنا، ولعلّه نظر إلى ظاهر أوّل عبارة «الكاتب». والظاهر أنّه أراد بالقوم العامّة، لأنّ للشافعي قولين: أحدهما القسمة والآخر عدمها. وقال أبو حنيفة: إن كان ممّا ينقل ويحول قسّم وإن كان ممّا لا ينقل فإن قالا ملكنا إرثاً

(١ و٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٧ ـ ١٤٨.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٢ مسألة ٣٠.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٢.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٧.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٢٠.
(٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٨.
(٧) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٧ ـ ٤٣٨.

وإذا سألها بعضهم أُجبر الممتنع عليها مع انتفاء الضرر بالقسمة، وتسمّى قسمة إجبار. وشروطها ثلاثة: أن تثبت الملك عند الحاكم أو يصدّق الشريك عليه وانتفاء الضرر وإمكان تعديل السهام من غير شيء يجعل معها.

لم يقسّم وإن قالا بغير إرث قسّم[1]. وهذا بعينه نسبه في «المبسوط» إلى قوم والآخر كذلك. وهذا التفصيل تحكّم ولم يمل إليه أحد من طائفتنا. وإلى ذلك أشار المصنّف طاب ثراه بقوله: وسواء كان عقاراً أو غيره نسبوه إلى ميراث أم غيره، فتعيّن أنّها أراد بالقوم والقوم الشافعي وأبو حنيفة.

وقد تحصّل: أنّا لم نقطع بوجود مخالف صريح من أصحابنا، فلا وجه للتوقّف بعد وضوح الدليل و عدم المخالف كما في «المسالك[2]». وقد اعترض بأنّه على تقدير إقامة البيّنة بأنّها إنّما تقام على خصم[3] ولا خصم. وأُجيب بأنّه قد يكون لهما خصم غائب فتسمع البيّنة عليه، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإذا سألها بعضهم أُجبر الممتنع عليها مع انتفاء الضرر ... إلى قوله: وإمكان تعديل السهام من غير شيء يجعل معها﴾ الظاهر أنّه لا خلاف في ذلك كما صرّح به في «المسالك[4] والمجمع[5]» وغيرهما[6]. ولا فرق في ذلك بين أن يكون في تركها ضرر أم لا، وسواء كان أحدهما مضطرّاً إلى القسمة أم لا، سواء كان هناك يتيم أم لا، لكنّ

---

(١) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٨٨ ـ ٤٩٠.

(٢ و٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٩.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٥ ـ ٣٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١١.

(٦) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٤.

ولو تضمّنت ردّاً لم يُجبر الممتنع عليها وتُسمّى قسمة تراض،

بشروط ثلاثة: ثبوت الملك أو تصديق الشريك وانتفاء الضرر وتعديل السهام من غير شيء يجعل معها، سواء تساوت الأجزاء فلم يفتقر التعديل إلّا إلى الإفراز أو لا كما يأتي التفصيل في ذلك[١] إن شاء الله تعالى، لكن يظهر من «الدروس» أنّ اشتراط انتفاء الضرر إنّما هو في غير متساو الأجزاء[٢]. وتبعه على ذلك جماعة[٣]. وأشكل ذلك على المولى الأردبيلي[٤] فيما سيأتي، قال: لو كان المثلي يسيراً لا ينتفع به مع القسمة كيف يجبر؟ ويأتي التحقيق ـ إن شاء الله تعالى ـ. وقد ترك الشرط الأخير هنا مع أنّه لابدّ منه وكأنّه اكتفى بظهوره. والضرر يأتي بيان معناه أيضاً ـ إن شاء الله تعالى ـ. هذه يسمّى قسمة الإجبار كما يأتي[٥].

والحجّة على ذلك واضحة، وهي أنّه يجب إيصال حقّ الغير إليه ويحرم منعه، إذ لا ضرر ولا إضرار، وهو هنا بالقسمة، فيجب القبول والتزام ما يلزم فيها من الحضور أو نصب وكيل. والمجبر هو الحاكم بنفسه أو نائبه ومع التعذّر يحتمل قويّاً أنّ للشريك القسمة بنفسه، فإن أحضر عدولاً من المسلمين أو عدلاً إن لم يكن العدول جاز على الظاهر من دون إشكال.

قوله: ﴿لم يُجبر الممتنع عليها﴾ لاشتمالها على معاوضة على جزء صوري كالكمّيّة أو معنوي كالكيفيّة وهو غير لازم، فلا تصحّ إلّا بالتراضي، ولهذا سُمّيت قسمة التراضي.

---

(١) سيأتي في ص ٤٩٢.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.

(٣) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٤ ـ ٣٥، والطباطبائي في رياض المسائل: ج ١٣ ص ١٥٧، والسبزواري في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٤.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٧.

(٥) سيأتي في ص ٥١٠.

كأرض قيمتها مائة فيها بئر يساوي مائتين احتاج من يكون نصيبه الأرض إلى أخذخمسين من صاحبه ويكون بتعديل السهام والقرعة.

ولو أراد أحدهم التخيّر لم تجب القسمة ولا يجبر الممتنع عليها.

وإن اشتملت القسمة على ضرر ـ كالجواهر والعضائد الضيّقة والسيف والسكّين وشبهه ـ لم تجز قسمته ولو اتّفق الشركاء عليها.

قوله: ﴿وتكون﴾ القسمة ﴿بتعديل السهام والقرعة﴾ أمّا بيان تعديل السهام والقرعة فيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ. وأمّا أنّه لابدّ منهما ولا يكفي التخيير وعدم التعديل إذا لم يرضوا بهما فلتعلّق حقّ الكلّ بكلّ جزء فلا يزول إلّا بالتراضي أو القرعة، لأنّه يجوز تعلّق غرضهما أو غرض واحد منهما بجزء بعينه. وتمام الكلام يأتي إن شاء الله تعالى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن اشتملت القسمة على ضرر كالجواهر ... إلى قوله: لم تجز قسمته ولو اتّفق الشركاء عليها﴾ لاخلاف في أنّه مع الضرر بالنسبة إلى الكلّ مع عدم ضرورة ولا تعلّق غرض أهمّ من الإبقاء لا تجوز القسمة، لأنّ في ذلك سفهاً وتضييعاً للمال بلا مسوّغ له شرعاً كما صرّح بذلك في «المجمع[1]» لكنّهم اختلفوا في حقيقة الضرر المانع هنا، ففي شركة «المبسوط[2]» وشركة «السرائر[3] والتحرير[4] والمختلف[5] والمسالك[6]» في الشركة والقضاء أنّه الضرر المؤدّي إلى إتلاف العين صرّحوا به في عين هذه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١١.
(٢) المبسوط: ج ٢ ص ٣٤٤.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ٣٩٨.
(٤) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ٢١٨.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٢.
(٦) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٣٢٠، وج ١٤ ص ٣٣.

المسألة، والمصنّف في هذا «الكتاب» وفي «الإرشاد[1]» والمحقّق في «الشرائع[2]» في الشركة والقضاء و«الإيضاح[3]» في القضاء أنّه الضرر المؤدّي إلى نقصان القيمة كما سيأتي في بيان معنى الضرر. وهو أحد وجهي «الخلاف[4]» على تأمّل له فيه. وهؤلاء لم يصرّحوا بهذا المعنى في هذه المسألة بل أطلقوا وإنّما صرّحوا به في بيان معنى الضرر المانع من الإجبار، فيحتمل أن يريدوه في هذه المسألة أيضاً، ويحتمل أن يريد بالضرر هنا الضرر المانع من الانتفاع كما صرّح به بعض المتأخّرين، قال: إنّ المراد بالضرر في هذه المسألة عند الكلّ الضرر الفاحش المؤدّي إلى الإتلاف أو ما يقرب منه[5] فتأمّل.

وأمثلة المصنّف له تشمل الأقوال، فإنّ قسمة الجوهرة تارة تزيد في قيمتها وأُخرى تتلفها، والسيف تنقص قيمته، والعضائد وهي الداخلات بين الدكّاكين تفوت منفعتها على الوجه الّذي كان ينتفع بها فيه أوّلاً.

ويؤيّد أنّ مرادهم به هنا عدم الانتفاع أصلاً قولهم: الضرر المانع من الإجبار قيل فيه كذا وقيل كذا، ولم يقولوا: المانع من القسمة ليشمل هذه الصورة، سوى صاحب «الكفاية» فإنّه قال: الضرر المانع من القسمة[6]. ولعلّه لم يحرّر المسألة جيّداً. ويأتي تمام الكلام في المسألة عن قريب.

وظاهر العبارة أنّ الضرر المانع هو الضرر الناشئ من نفس القسمة وليس كذلك، لأنّهم ذكروا في باب الشركة أنّه لا فرق بين الضرر الخارج عن القسمة والناشئ منها، وقد نفى عنه الخلاف صاحب «الرياض[7]» فليراجع.

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٣.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ١٣٢، وج ٤ ص ١٠١.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٨.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٠ المسألة ٢٧.
(٥) كما في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٥.
(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٤.
(٧) رياض المسائل: ج ١٣ ص ١٥٧.

ولو طلب أحد الشريكين المهاياة من غير قسمة إمّا في الأجزاء ـ كأن يسكن أو يزرع هذا المعيّن والآخر الباقي ـ أو في الزمان، لم يُجبر الممتنع سواء كان ممّا تصحّ قسمته أو لا على إشكال.

ولو اتّفقا جاز ولا تلزم بل لكلّ منهما الرجوع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو طلب أحد الشريكين المهاياة ... إلى قوله: لم يُجبر الممتنع سواء كان ممّا تصحّ قسمته أو لا على إشكال﴾ المهاياة هي قسمة المنفعة بالأجزاء والزمان. وقد حكم بعدم الإجبار مطلقاً في «التحرير[1] والإيضاح[2] والدروس[3] واللمعة[4] والروضة[5]» بل ادّعى الإجماع في «الإيضاح[6]» على عدم الإجبار فيما تصحّ قسمته. احتجّوا بالتساوي في الاستحقاق ولكونها بمنزلة معاوضة فلا بدّ من التراضي، ولأنّ المهاياة لا تلزم فكيف يجبر عليها؟ ولأنّ فيها تعجيل حقّ أحدهما وتأخير الآخر.

والمصنّف استشكل فيما لا تصحّ قسمته ممّا ذكرنا ومن أنّ فيها قطعاً للنزاع ولا يلزم أحد منهما ببيع حصّته ولا إجارتها فربّما انحصر رفع النزاع فيها، والأوّل أقوى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو اتّفقا جاز ولا تلزم بل لكلّ منهما الرجوع﴾ يريد أنّه لا يلزم الوفاء بها بل يجوز لكلّ منهما فسخها، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو كان عليه أُجرة حصّة الشريك. ويشكل لمكان اتّفاقهما على المعاوضة واستيفائها فلا يقصر عن الإجارة والجعالة. وسيأتي الكلام فيه[7].

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٨.

(٢ و٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٨.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩.

(٥) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٦.

(٧) سيأتي في ص ٥١٢.

الفصل الثاني: في القاسم

وعلى الإمام أن ينصب قاسماً، للحاجة إليه.

ويشترط فيه البلوغ والعقل والإيمان والعدالة ومعرفة الحساب ويرزقه من بيت المال كما كان لعليّ عليه السلام. ولا يشترط الحرّيّة.

الفصل الثاني: في القاسم

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وعلى الإمام أن ينصب قاسماً ... إلخ﴾ ظاهره الوجوب، وفي «التحرير[1] والشرائع[2] والإرشاد[3] والدروس[4]» وغيرها[5] عبّر بالاستحباب، ولعلّه إنّما أتى بـ«على» لأنّها تشمل الواجب والمستحبّ، إذ لا ريب أنّه مع الحاجة كما إذا كانت بالفعل يجب نصبه وإذا كانت بالقوّة يستحبّ، فلو اقتصر على الوجوب أو الاستحباب خرج القسم الآخر. فتأمّل.

وقد ذكروا غير مرّة أنّ ذكر الأحكام المتعلّقة بالإمام عليه السلام لمعرفتنا أنّه لم يفعل إلّا كذلك. ويمكن أن تكون هذه للحاكم لا للإمام عليه السلام.

وله أن يرزقه من بيت مال المسلمين إن كان لأنّه لمصلحتهم، وقد كان لأميرالمؤمنين عليه السلام قاسم اسمه «عبدالله بن يحيى» كما عرفت. والظاهر أنّه «الحضرمي» الّذي من شرطة الخميس، وقد بشّره أميرالمؤمنين عليه السلام بالجنّة. وإن ضاق أو لم يكن فمن الشركاء، لأنّه لمصلحتهم وطلبهم كالكيّال والوزّان لهما[6]. وينبغي أن يكون ذلك بالحصص فيعطى أُجرة المثل على الحصص. ويأتي تمام الكلام في ذلك ـ إن شاء الله تعالى ـ وإنّما ذكرنا ذلك، لأنّ المصنّف تعرّض له هنا

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٥.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٠.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٥) كمسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٥.
(٦) كذا، والمناسب: لهم.

ولو اتّفق الشركاء على قاسم غيره جاز. ولا يشترط فيه شيء ممّا تقدّم سوى التكليف.

فيجوز لو كان كافراً أو فاسقاً، بل لو تراضوا على القسمة بأنفسهم من غير قاسم أصلاً جاز. ثمّ القاسم إن كان من قبل الإمام مضت قسمته بنفس القرعة بعد التعديل،

وسيتعرّض له أُخرى ونبيّن أن لا تكرار.

وأمّا العدالة [1] فلأنّه أمين ولا أمانة لمن لم يستجمعها. ولم يشترط أحد الحرّية، لأنه لا دليل عليه. وأمّا معرفة الحساب فلإفتقار القسمة إليه غالباً. ويكفي المقدار المحتاج إليه فيها. وينبغي أن يزاد المعرفة بالخرص والتقويم والحفظ والذكر، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو اتّفق الشركاء على قاسم غيره جاز﴾ أي غير قاسم الإمام كما صرّح به جماعة [2]، لكنّه لا يقسّم قسمة إجبار، لأنّك قد عرفت أنّ المجبر هو الإمام أو نائبه.

قوله: ﴿فيجوز لو كان [كافراً أو] [3] فاسقاً﴾ كذا ذكر جماعة [4] قالوا: لأنّه في حكم الوكيل وهو يجوز أن يكون كافراً ولأنّهم مسلطون على أموالهم، وتحتمل العدم لأنّه ظالم منهي عن الركون إليه.

---

(١) كذا في النسخ، والكلام منقطع، ولعلّه سقطت قبله جملات.

(٢) منهم المحقّق في شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٠، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٥، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٦.

(٣) لم يرد في نسخ الشرح.

(٤) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٥، والسبزواري في كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٣، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٦.

لأنّ قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه ولا يعتبر رضاهما بعدها. وإن نصباه وكان بشرائط صفة قاسم الحاكم أو لا، أو اقتسماه بأنفسهما من غير قاسم يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة. وفيه نظر من حيث إنّ القرعة سبب التعيين وقد وجدت مع الرضا. ولو تراضيا على أن يأخذ أحدهما قسماً بعينه والآخر الآخرَ من غير قرعة جاز.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يعتبر رضاهما بعدها﴾ هذا ممّا لا خلاف فيه كما لا يعتبر رضاهما بعد حكمه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة﴾ كما في «المبسوط[١] والتحرير[٢] وغاية المرام[٣]» واشترطه في «الإيضاح[٤] والدروس[٥]» مع اشتمالها على الردّ، واستحسنه في «المسالك[٦]». وظاهر «الإرشاد[٧] والمجمع[٨]» عدم الاشتراط كما هو ظاهر المصنّف هنا واستشكل في «الشرائع[٩] والكفاية[١٠] والمفاتيح[١١]» واكتفى في اللزوم في «اللمعة[١٢] والروضة[١٣]» تراضيهما عليها من غير قرعة. واستجوده في «المسالك». ونسبه في «المسالك والكفاية والمفاتيح» إلى المصنّف هنا، وأنت تعلم أنّ المصنّف ظاهره التردّد، ولعلّهم أشاروا إلى قوله بعد هذا «ولو تراضيا جاز»

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٨.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٦.
(٣) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٧.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٩.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٧.
(٧) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٣.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٤.
(٩) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٠ ـ ١٠١.
(١٠) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٣.
(١١) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٨٩.
(١٢) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩.
(١٣) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٧.

ويريدون أنّه إذا جاز لزم. وفيه نظر يأتي وجهه.

حجّة الشيخ: الاستصحاب، إذ الأصل بقاء الملك على ملك مالكه وبقاؤه على الاشتراك، والأصل عدم خروج شيء عن ملك أحدهم والدخول في ملك الآخر حتّى يتحقّق المخرج، والإجماع إنّما انعقد على الرضا بعدها وعلى القرعة في قاسم الإمام والباقي غير ظاهر كونه ناقلاً.

حجّة الفخر والشهيد: أنّها معاوضة فلابدّ فيها من التراضي قبل القرعة ومعها وبعدها.

حجّة الإرشاد والمجمع: أنّ القرعة وسيلة إلى تعيين الحقّ وقد قارنها الرضا فلا يعتبر بعدها، لأنّ التعيين على هذا الوجه أوجب تمييز أحد الحقّين عن الآخر فيتعيّن بالرضا المقارن.

حجّة اللمعة والروضة: صدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحقّ. ولافرق بين قسمة الردّ وغيرها، كما تصحّ المعاطاة في البيع إلّا أنّ المعاطاة يتوقّف لزومها على التصرّف من حيث إنّ ملك كلّ واحد من العوضين كان للآخر فيستصحب ملكيته إلى أن يتصرّف أحدهما بإذن الآخر فيكون رضاً منه يكون ما في يده عوضاً عن الآخر، بخلاف القسمة فإنّها مجرّد لتمييز أحد النصيبين عن الآخر وما يصل إلى كلّ منهما هو عين ملكه لا عوض عن ملك الآخر، فيكفي في اللزوم تراضيهما مطلقاً.

وقال في «الكفاية[1]» في الفصل الثالث: إنّ ظاهر الأكثر وصريح بعضهم أنّه إذا اتّفق الشريكان على الاختصاص كذلك لزم، ولم نجده لأحد سوى الشهيدين[2]،

---

(١) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٧.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩، والروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٧.

وإذا لم يكن ردّ أجزأ القاسم الواحد وإلّا وجب اثنان لأنّها يتضمّن التقويم.

نعم جواز ذلك حق وعمل جميع المسلمين عليه يتراضون ويقسّمون بدون قرعة. ولاكلام في جواز التصرّف إنّما الكلام في اللزوم، وما ذكروه لا يدلّ عليه. والحاصل إنّهم يقولون: إنّ القرعة لا يحتاج إليها في اللزوم وإنّما يحتاج إليها عند التعاسر بل لو تراضيا لزم من دون قرعة ومجرّد الإفراز كاف.

قلت: المرجع في ذلك إلى حديث الضرر والأصل، فينبغي الاعتماد على المتيقّن المجمع عليه وهو الرضا بعدها، فتأمّل.

قال في «الإيضاح»: وكلّ قسمة يعتبر فيها التراضي بعد القرعة لابدّ في التراضي من ذكر القسمة كأن يقول: رضيت بالقسمة[1]، وفيه تأمّل ولعلّه أحوط. ويأتي تمام الكلام في الفصل الرابع إن شاء الله تعالى.

قوله: ﴿وإذا لم يكن ردّ أجزأ القاسم الواحد﴾ هذا مذهب الأصحاب كما في «المسالك[2]». وفيه تنبيه على خلاف بعض العامّة[3] حيث اعتبر التعدّد، وأمّا أصحابنا فقد علمت أنّهم لا يختلفون في ذلك لأنّه وكيل الحاكم وأمينه كسائر الأُمناء.

إذا عرفت هذا، فاعلم أنّ في عبارة المصنّف قصوراً، لأنّ قضيّة كلامه: أنّه إذا لم يكن هناك ردّ وكان تقويم وتعديل ـ كما في قسمة الثياب كما يأتي ـ أنّه يكفي القاسم الواحد مع أنّه لا يكفي قطعاً. فالصواب أن يقول: وإذا لم يكن تقويم أجزأ الواحد. ولمّا وجد بعض فضلاء المتأخّرين[4] هذه العبارة ونحوها ارتكب أمراً جسيماً وهو أنّ قسمة الردّ لا يشترط فيها الردّ وقال: إنّما

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٩.
(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٧.
(٣) كما في الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٤٧.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٦.

ولا يكفي فيه الواحد. ولو رضي الشريك لم يجب الثاني.

وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم باعتقاده، لأنّه تخمين. ويحكم بالعدالة باعتقاده.

سُمّيت قسمة الردّ لوجود الردّ فيها في الجملة، وإلّا فكلّ ما اشتمل على التعديل فهو قسمة ردّ وإن لم يكن فيه ردّ.

قلت: قد أجمعوا على أنّ قسمة الردّ لا جبر فيها، فلو كان ما احتاج إلى التعديل كالثياب والأرض داخل تحت قسمة الردّ كان غير مجبور فيها مع أنّهم أجمعوا على الجبر في الدار والبستان والثياب.

قوله: ﴿ولا يكفي فيه الواحد﴾ ينبغي تقييده بما إذا لم يرضيا به. وهذا الحكم كسابقه لا نعلم فيه مخالفاً. والوجه فيه ما أشار إليه المصنّف ـ طاب ثراه ـ من أنّ التقويم لابدّ فيه من عدلين فإنّهما حجّة شرعيّة غالباً لا غيرهما. ولا فرق في التقويم بين أن يكون مشتملاً على ردّ أم لا بل كان هناك تعديل فقط كما أشرنا إليه فيما تقدّم، ولأنّه لا يحصل الوثوق في ذلك بحيث يلزم إلّا بقول عدلين.

وهل الخرص كالتقويم؟ احتمالان يأتي الكلام فيهما.

ومن هنا يعلم أنّه لو رضي أحدهما بتقويم الواحد فليس على الثاني أن يجيبه إلى ذلك، كما أشار إليه المصنّف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وليس للقاضي أن يحكم بالتقويم [باعتقاده] لأنّه تخمين، ويحكم بالعدالة [باعتقاده]﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً. وظاهره أنّه قصد بذلك الردّ على الشيخ، لأنّه في «التحرير» قال بعد هذه

وأُجرة القاسم من بيت المال

العبارة: قال الشيخ الأحوط أنّه لابدّ من خارصين [1]. وهذا منه بناء على أنّ الخرص كالتقويم لابدّ فيه من اثنين. وظاهر الشهيد أنّه لا يشترط ذلك، لأنّه قال في التقويم: لابدّ من عدلين، وفي الخرص قال: قال الشيخ والأحوط اعتبار الخارصين [2] ولم يحكم بشيء. وقضيّة ما ذكرنا سابقاً في وجه العدلين في التقويم من أنّه لا يحصل الوثوق في ذلك بدونهما حتّى يكون لازماً أن يكون الخرص كذلك، إلّا إنّي لم أجد أحداً صرّح بذلك، فليتأمّل. ولعلّه أحوط كما قال الشيخ [3] رحمه الله تعالى.

ويحتمل أن يكون مقصود المصنّف هنا الردّ على من قال: يصحّ تقويمه بنظره وبصيرته كما يصحّ قضاؤه بعلمه وكما يصحّ حكمه بالعدالة بعلمه. وفرق واضح بينهما، لحصول العلم العادي بها أو الظنّ المتاخم له المعتبر شرعاً، فضلاً عن القضاء بالعلم.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وأُجرة القاسم من بيت المال﴾ جزم بعض الشارحين ـ كالفاضل الهندي [4] ـ بأنّه تكرار، والّذي ظهر لي أن لا تكرار، لأنّ المراد في الأوّل بالرزق الوظيفة المقدّرة له مهملاً كان أو مستعملاً، والمراد بالأُجرة قيمة المنفعة المستوفاة في القسمة فظهر التغاير.

فإن قلت: قضيّة ذلك أن يجمع بينهما له كما هو ظاهر المصنّف.

قلت: المراد إن كان الرزق مقدّراً بالأيّام فذلك وإلّا كان بحسب العمل وكلاهما من بيت المال. وهذا يعلم من تقسيمهم الأعمال المنوطة ببيت المال من حيث الرزق والأُجرة إلى ثلاثة أقسام: الأوّل: ما يكون عائداً إلى الفاعل وإلى

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٦.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٤.
(٤) كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٧.

فإن لم يكن إمام أو ضاق عنه بيت المال فالأُجرة على المتقاسمين. فإن استأجره كلٌّ منهما بأُجرة معلومة ليقسّم نصيبه جاز. وإن استأجروه جميعاً في عقد بأُجرة معيّنة ولم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الأُجرة لزمتهم الأُجرة بالحصص،

غيره كالمؤذّن والمقاتل. والثاني: ما لا يتصوّر وقوعه إلّا للفاعل كالصلاة الواجبة، وهذا لا يأخذ شيئاً. والثالث: ما لا يتصوّر عود نفعه للفاعل أصلاً، وهذا كالقسّام والوزّان والحافظ، فهذا يأخذ إمّا على جهة الوظيفة أو الأُجرة، لأنّه ليس كالمؤذّن، لأنّه يعود نفعه إليه وإلى غيره فلا يأخذ إلّا على جهة الرزق. فكان في إعادة هذه العبارة نكتة جليلة وفّق الله تعالى إليها.

قوله: ﴿أو ضاق بيت المال عنه﴾ إمّا لعدم مال فيه، أو لوجود أهمّ منه من تجهيز العساكر وسدّ الثغور ونحو ذلك.

قوله: ﴿فالأُجرة على المتقاسمين﴾ فيأخذ أُجرة المثل إن لم يسمّ وإلّا فالمسمّى.

قوله: ﴿لزمهم الأُجرة بالحصص﴾ كما في «الخلاف[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والإيضاح[5] والمسالك[6] والمجمع[7]» بل لا أعلم مخالفاً.

قال في «الخلاف»: دليلنا إنّا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربّما أفضى إلى ذهاب المال، لأنّ القرية يمكن أن تكون بينهما لأحدهما عُشر العُشر سهم من مائة

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٨ ـ ٢٢٩ المسألة ٢٦.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠١.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٦.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٩ ـ ٣٧٠.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٨ ـ ٣٠.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٧.

ويحتمل التساوي للتساوي في العمل، ويُضَّعف بالحافظ.

سهم والباقي للآخر، ويحتاج إلى عشرة دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقلّ نصف العشر وربّما لا يساوي سهمه ديناراً فيذهب جميع المال وهذا ضرر، والقسمة وضعت لإزالة الضرر فلا يزال بضرر أعظم منه[1] انتهى.

وزاد الأصحاب[2] بأنّ الأُجرة تزيد بزيادة العمل والعمل يزيد بزيادة المعمول، فكلّ من كانت حصّته أزيد فالعمل له أزيد كمن يسقي جريبين فعمله أزيد ممّن يسقي جريباً وأنّ تحمّل المشقّة أكثر فإنّ كيل الأكثر ووزنه أكثر وأنّها من مؤنات الملك فأشبهت النفقة، ومن ردّ عبداً قيمته مائة فعمله أزيد ممّن ردّ عبداً قيمته خمسين إلى غير ذلك.

قوله: ﴿ويحتمل التساوي للتساوي في العمل﴾ معناه فيكون الاعتبار بالرؤوس. وهذا لم يذهب إليه أحد من طائفتنا، وإنّما يذكرونه احتمالاً. نعم هو مذهب أحمد[3] وخالفه الشافعي وأبو يوسف ومحمّد فوافقونا استحساناً كما صرّح به في «الخلاف[4]» وظاهره الإجماع.

احتجّ أحمد بأنّ عمله بالحساب والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون في الجزء القليل أغمض، وقلّة النصيب توجب كثرة العمل، لأنّ القسمة تقع بحسب أقلّ الأنصباء، فإن لم يحسب على الأقلّ نصيباً أزيد فلا أقلّ من التساوي.

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٩ مسألة ٢٦.

(٢) منهم الشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٨، والفخر في الإيضاح: ج ٤ ص ٣٧٠، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٩.

(٣) لم نعثر على من نسب هذا القول إلى أحمد، راجع المبسوط للسرخسي: ج ١٥ ص ٥، والمغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٥٠٧، وبدائع الصنائع: ج ٧ ص ١٩.

(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٨ المسألة ٢٦.

والأُجرة عليهما وإن كان الطالب أحدهما.

ويجب في حصّة الطفل إذا طولب بالقسمة وإن لم يكن فيه غبطة لكنّ الوليّ لا يطالب بالقسمة إلّا مع الغبطة، ولو تضمّنت ضرراً عليه لم يُجبر القسمة.

ونقض عليه المصنّف وولده[1] وغيرهما[2] بالحافظ فإنّه إذا حفظ الملك المشترك كانت له الأُجرة عليهم بالحصص دون الرؤوس مع التساوي في العمل. وهذا نقض وشفاء النفس في الحلّ. وبيانه بأنّ غموضة قلة النصيب إنّما جائت من كثرة نصيب الآخر، فكانت قسمة الّذي فيه سدس على ستّة، فمساحة النصف مثلاً بمساحة كلّ سدس وضبطه أزيد من مساحة سدس، فكان العمل في النصيب الأكثر أكثر. ولعلّهم أرادوا بالنقض أنّه يرجع فيه إلى أنّ العمدة في التساوي وعدمه ما ذكروه من أنّ الأُجرة تزيد بزيادة العمل والعمل يزيد بزيادة المعمول فيرجع إلى الحلّ. والعمدة في ذلك الأصل والإجماع على الظاهر وخبر الضرر الّذي أشار إليه الشيخ.

وليعلم: أنّه إذا استأجرا قسّاماً وسمّى كلّ واحد منهما أُجرة التزمها، فله على كلّ واحد منهما ما التزمه، وانقطع النظر عن الحصص والرؤوس، والوجه فيه ظاهر.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والأُجرة عليهما وإن كان الطالب أحدهما﴾ المراد إذا رضي الآخر بها، فإنّه عمل لهما برضاهما عملاً له أُجرة بأمر الشارع.

قال في «الإيضاح»: أشار إلى خلاف قول أبي حنيفة ـ قلت: وأحد وجهي

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٠.
(٢) كالفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٦٨.

الشافعي ـ لأنّه هو الطالب، قال: وأجاب المصنّف أنّ القسمة بأمرهما أو بأمر أحدهما وولي الآخر كالحاكم إذا أجبر الممتنع، لأنّ الحاكم قائم مقامه ويجب بإفراز الأنصباء وهم سواء فيها فكانت الاُجرة عليهما إذا تراضيا عليها[1]. والوجه ما ذكرناه، لأنّ ذلك من قواعد الأصحاب.

وهناك فرع ذكره في «الإيضاح والمسالك[2]» وهو أنّهم إذا استأجروه في عقود مترتّبة، قالا: فقد أورد عليه بعض الفضلاء إشكالاً بأنّ الشركاء إذا كانوا اثنين لا غير فعقد واحد لإفراز نصيبه، فعلى القسّام إفراز النصيبين وتمييز كلّ واحد منهما عن الآخر، لأنّ تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلّا بتمييز نصيب الآخر، وما يتوقّف عليه الواجب فهو واجب، فإذا استأجره بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه واستحقّ في ذمّته لغيره فلا يصحّ. وكذا إذا كانوا ثلاثة فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثاني كذلك فعلى القسّام إفراز النصيبين فإذا ميّزه ميّز الثالث، فلو عقد الثالث بعد العقدين كان قد عقد على عمل مستحقّ في ذمّة الأجير لغيره فلا يصحّ.

قالا: واُجيب بأنّ إفراز نصيب المستأجر لا يمكن إلّا بالتصرّف في نصيب الآخر تردّداً بالتخطّي والمساحة ولا سبيل إليه إلّا برضاء الشريك الآخر فقبله لا يستحقّ، فإذا استأجره الثالث فقد استأجره على عمل لا يستحقّ في ذمّته، ولأنّ التخطّي في نصيبه والتصرّف لا يصحّ إلّا بإذنه، فيصحّ أن يستأجر هو عليه لمصلحته وهو إفراز نصيبه.

قلت: حاصله عدم استقلال أحد منهم بالاستيجار وعدم إيجاب الإفراز على ذمّة الأجير، لأنّه واجب مشروط بالتمكّن على الوجه

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٠.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٢٩.

الشرعي وليس واجباً مطلقاً.

وفيه: إنّ هذا لا يتمّ فيما إذا كان الأجير قد مسح الدار وميّزها وكتب ذلك عنده في رقعة بحيث لا يحتاج في القسمة إلى التردّد والتخطّي ولا فيما إذا رضي الشريك بالدخول والتخطّي فالاعتراض وارد جزماً. ومن العجيب! اقتناعهم بذلك وسكوت الجميع عليه.

فالّذي ينبغي التفصيل فيقال: إذا كان الإفراز مقدوراً فيكون واجباً مطلقاً فلا يصحّ الاستيجار ثانياً، وإذا كان غير مقدور صحّ لأن كان واجباً مشروطاً، تأمّل جيّداً.

فإن قلت: رضاء الثاني غير مقدور فلا نقض بالثاني.

قلت: في النقض الأوّل بلاغ، على أنّه ينقض في قسمة الإجبار، لأنّه إذا استأجره المستضرّ وجب عليه القسمة ولا يتوقّف على رضا الشريك، فالإفراز مقدور له غير متوقّف على شيء.

فإن قلت: ما تقول فيما إذا وكلّ اثنان رجلاً أحدهما في البيع والآخر في الشراء بأُجرة منهما عليهما فإنّه يصحّ من دون خلاف على الظاهر.

قلت: هذا ليس بمقدور فكان واجباً مشروطاً فكأنّه قال له: بعه منه ولك كذا إن رضي، ورضاه غير مقدور للوكيل. نعم لو استأجره على الشراء في موضع يُجبر فيه البائع على البيع لأن كان واجباً عليه، فإنّه لا يصحّ له أن يأخذ الأُجرة من البائع. إلّا أن تقول: إنّ وجوب المقدّمة ليس على نحو وجوب غيرها من الواجبات فصحّ الاستيجار عليها وإن وجبت، وهو بعيد جدّاً وإن اعتمده صاحب «المعالم[1]». ومن قال بعدم وجوب المقدّمة مطلقاً فهو في راحة من ذلك، لكن قد

---

(١) معالم الدين: ص ٦١.

الفصل الثالث: في متعلّق القسمة

المقسوم إن كان متساوي الأجزاء كالحبوب والأدهان وغيرهما ممّا له مثل صحّت قسمته قسمة إجبار سواء كان جامداً كالحبوب والثمار أو مائعاً كالدهن والعسل والسمن ولو تعدّدت الأجناس وطلب أحدهما قسمة كلّ نوع على حدته أُجبر الممتنع. وإن طلب قسمتها أنواعاً بالقيمة لم يجبر ويقسّم كيلاً ووزناً متساوياً ربوياً كان أو غيره، وإن كان مختلف الأجزاء كالأشجار والعقار والحيوان والأواني والجواهر وغيرها،

قرّر في محلّه إنّها واجبة مطلقاً وأنّ وجوبها كاد يلتحق بالضروريّات.

الفصل الثالث: في متعلّق القسمة

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿أو مائعاً كالدهن والعسل والسمن﴾ نبّه بذلك على خلاف بعض العامّة[1] حيث قالوا: إنّ المائع لا يخلو إمّا أن تمسّه النار للعقد أو التصفية، فإنّ مسّته للعقد كالدبس والربّ لم تصحّ قسمته قسمة إجبار. وهذا منهم بناءً على أصلهم من أنّ القسمة بيع ولا يجوز بيع ذلك بعضه ببعض ولو مثلاً بمثل، بخلاف ما مسّته للتصفية كالعسل والسمن.

قوله: ﴿ولو تعدّدت الأجناس﴾ أراد بالأجناس ما يرادف الأنواع.

قوله: ﴿لم يجبر﴾ لأنّه يكون فيها ردّ فلابدّ من التراضي،

---

(١) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٧٣.

فإن تضرّر الشركاء بأجمعهم لم تصحّ القسمة ولا يجبر الممتنع عليها، وإن استضرّ بعضهم فإن كان الطالب هو المتضرّر أُجبر الممتنع،

ولتعلّق الغرض غالباً بالعين.

قوله: ﴿فإن تضرّرت الشركاء ... إلخ﴾ تقدّم الكلام فيه وكأنّه أعاده لما بعده. وأشار بقوله «ولا يجبر الممتنع عليها» إلى خلاف مالك[1] حيث جوّزه وإن استلزم الضرر والحرج.

قلت: ولو قسّموه والحال هذه لزمت وإن كان حراماً على القول بأنّ النهي لا يقتضي فساد المعاملة، وعلى المختار فلا.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن كان الطالب هو المتضرّر أُجبر الممتنع﴾ عليها كما في «الخلاف[2] والمختلف[3] والإرشاد[4] والتحرير[5] والشرائع[6] والمجمع[7]» وقد اتّفقت هذه الكتب على هذه العبارة أو مثلها بتفاوت يسير لا يخلّ بالمعنى، إذ في بعضها: فإن التمس المتضرّر أُجبر الممتنع أو أُجيب.

وقال في «المبسوط» إذا تضرّر أحد الشركاء دون الباقين، فإن كان الطالب هو المستضرّ بالقسمة قال قوم: يُجبر الممتنع، وقال آخرون: لا يُجبر، لأنّها قسمة يستضرّ بها طالبها فهو كما لو استضرّ بها الكلّ. وهو الصحيح عندنا[8]. وظاهره دعوى الإجماع. وما في المبسوط هو الموافق لما مرّ من إطلاق المصنّف فيما مضى. وبعض المحشّين تنبّه لذلك فأجاب بأنّ حكمه الأوّل مبنيّ على أنّ المراد

---

(١) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٥١.
(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٠ المسألة ٢٨.
(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٢.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٧.
(٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠١.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٧.
(٨) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٦.

بالضرر عدم الانتفاع، وحكمه هنا مبنيّ على نقصان القيمة. وقد أشرنا إلى هذا الاحتمال فيما مضى. ويأتي تنقيح البحث في المسألة.

وقيّد في «المسالك» عبارة الشرائع بما إذا لم تبطل منفعة المقسوم بالكلّيّة، قال: أمّا إذا بطلت فإنّه لا يجاب[1]. وقال في «الدروس» ولو تضرّر أحد الشريكين دون الآخر أُجبر غير المتضرّر بطلب الآخر دون العكس. قال في المبسوط: لا يجبر أحدهما لتضرّر الطالب، وهو حسن إن فسّر التضرّر بعدم الانتفاع، وإن فسّر بنقص القيمة فالأوّل أحسن انتهى كلامه في الدروس[2].

وتنقيح المسألة أن يقال: إنّ الأصحاب في المسألة متّفقون، لأنّ كلّ من قال بالإجبار هنا فقد بناه على ما عوّل عليه من أنّ الضرر نقص القيمة، وذلك لأنّ القائلين بالإجبار الشيخ في «الخلاف» والمصنّف والمحقّق والمولى الأردبيلي، وهؤلاء صرّحوا في الكتب الّتي نقلنا أسماءها أنّ الضرر بمعنى نقص القيمة، والإجبار على هذا موافق للاعتبار وخبر الضرار، لأنّ الضرر المتحقّق بالقسمة أهون من الضرر في الشركة بالنسبة إليه، والإنسان مسلّط على ماله فله أن يرتكب فيه ضرراً أو أقلّ الضررين، لكنّ الّذي استقرّ عليه رأي الشيخ في «الخلاف» أنّ الضرر بمعنى عدم الانتفاع، فإن كان بناه على ما ذهب إليه من الوجه الآخر فذاك، وإلّا فليكن الشيخ مخالفاً في الخلاف فقط. وأمّا المانع من الإجبار فإنّما هو الشيخ في «المبسوط» وقد قال فيه: إنّ الأقوى عنده أنّ الضرر بمعنى عدم الانتفاع، فإذا كان هذا مذهبه في الضرر صحّ له أن يقول في المسألة بعدم الإجبار ويدّعي الإجماع، لأنّ إتلاف المال سفه وإسراف ولا يخالف في ذلك أحد. فالأصحاب موافقونه على ذلك وهو موافقهم على أنّه

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٣ ـ ٣٤.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.

وإلّا فلا.

إذا لم يؤدّ إلى الإتلاف بل إلى نقص يجبر الممتنع كما هو ظاهر. وأمّا الشهيدان فقد علمت أنّهما قائلان أنّه إن أدّى إلى الإتلاف لم يجب وإلّا أُجيب، فقد اتّضح أنّهم في ذلك متّفقون في المسألة.

ويتقدح على مذهب من قال: إنّ الضرر بمعنى نقص القيمة إشكال وهو أنّهم كيف يقولون في المسألة السالفة وهي ما إذا تضرّر الكلّ بأجمعهم أنّه لا يجبر الممتنع ولا يجابون إلى القسمة مع أنّ مقتضى حكمهم بالإجبار هنا أنّهم يجابون هناك ويجبر الممتنع؟ وقد يجاب عن ذلك بوجهين: الأوّل: إنّ المراد بالضرر هناك الضرر بمعنى عدم الانتفاع كما أشرنا إليه هناك. والمراد بالضرر هنا الضرر بمعنى نقص القيمة كما عرفت. الثاني: إنّهم فرقوا بين دخول الضرر على الجميع ودخوله على الطالب، لأنّه مع دخول الضرر عليهم أجمعين تكون القسمة كالسفه والعبث لأنّه قد يندفع بالإيجار ونحوه، وذلك بخلاف الواحد فإنّ الضرر بالنسبة إليه وحده سهل فتأمّل. ويأتي لهذا تتمة عن قريب.

قوله: ﴿وإلّا فلا﴾ يجبر الممتنع، أي وإن لم يكن الطالب هو المتضرّر بل كان غيره المتضرّر لم يُجبر الممتنع. وهذا ممّا لا أعلم فيه مخالفاً غير الشيخ في شفعة «المبسوط[1]» لكنّه ظاهره في «الخلاف[2]» عدم الخلاف في عدم الإجبار ونسب الإجبار إلى الشافعي وأهل العراق. والحكم بعدم الإجبار في المسألة ظاهر على مذهب من قال بأنّ الضرر عدم الانتفاع، وأمّا من قال بأنّه نقص القيمة، ففيه تأمّل ولا سيّما إذا كان الطالب الغير المستضرّ

---

(١) المبسوط: ج ٣ ص ١١٩. (٢) الخلاف: ج ٦ ص ٢٣٠ المسألة ٢٨.

وإن انتفى الضرر عن الجميع وجب القسمة مع طلب بعضهم وأُجبر الممتنع.

ويحصل الضرر المانع من الإجباربنقصان القيمة، وقيل: بعدم الانتفاع بالنصيب

بالقسمة مستضرّاً بعدمها لمنازعة الشريك له أو نحو ذلك، إلّا أن تقول: إنّ هذا كما يرد على هذا القائل يرد على القائل الآخر.

قلت: لعلّهم يقولون في مثل هذه الصورة على القولين بأنّه ينظر إلى الترجيح فيرتكب أقلّ ضرراً ومع التساوي فالقرعة، فيكون معقد الإجماع ـ إن كان ـ على ما عدا هذه الصورة. وأمّا التأمّل فيمكن حينئذ دفعه بأنّ ضرر نقص القيمة أعظم من ضرر الشركة من حيث إنّها شركة من دون متعلّقات أُخر. ولعلّ الأصحاب ـ رضي الله تعالى عنهم ـ لم ينقّحوا هذه المباحث، لكونها كالبديهيّات عندهم ـ جزاهم الله تعالى أفضل الجزاء ـ.

قوله: ﴿وأُجبر عليها الممتنع﴾ لانتفاء الضرر. ولابدّ من التقييد بانتفاء الردّ. والحاصل: إنّ الإجبار إنّما يكون عند انتفاء الأمرين معاً كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويحصل الضرر المانع من الإجبار بنقصان القيمة، وقيل: بعدم الانتفاع بالنصيب﴾ الأولى أن يقول: المانع من القسمة بدل «الإجبار» ليشمل ما إذا دخل الضرر عليهم جميعاً واتّفقوا على القسمة، فإنّهم لا يجابون لمكان الضرر، إلّا أن تقول: إنّ التقييد بالإجبار يدلّ على أنّ مرادهم في تلك المسألة بالضرر المانع من الانتفاع

أصلاً. وبذلك ترتفع كلّ وصمة وتلتئم الكلمة إلّا من صاحب «الكفاية[١]» فإنّك قد علمت أنّه قال: المانع من القسمة.

فيكون الضرر عندهم على قسمين: ضرر مانع من قسمة الشركاء إذا دخل عليهم ضرر جميعاً وهو الضرر بمعنى عدم الانتفاع، وضرر مانع من الإجبار. وفيه أقوال أربعة:

الأوّل: نقصان القيمة، وهو خيرة «الشرائع[٢] والتحرير[٣] والإرشاد[٤] والمختلف[٥] والإيضاح[٦]» وأحد وجهي «المبسوط[٧] والخلاف[٨]» صرّحوا بذلك في بيان معنى الضرر المانع من الإجبار. وقد علمت أنّه في «التحرير والمختلف والمسالك» وشركة «المبسوط» وشركة «السرائر[٩]» صُرّح فيما إذا دخل الضرر على الشركاء جميعاً أنّ المراد بالضرر الضرر المؤدّي إلى إتلاف العين دون نقص القيمة. وهذا ممّا يؤيّد أنّ التقييد بالمانع من الإجبار لبيان إخراج تلك الصورة، ودليلهم خبر الضرار[١٠]. وقد أطلقوا النقصان من غير أن يقيّدوه بالنقصان الفاحش الّذي لا يتسامح به ولا يرتكب مثله إلّا مع الاحتياج التامّ، ولعلّهم أرادوه كما قيّده به في شفعة «التذكرة[١١]» وفي «الدروس[١٢] والمجمع[١٣]» وجعله في «المسالك[١٤] والكفاية[١٥]» قولاً على حدة ـ فتأمّل ـ واختاراه.

---

(١) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٤.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠١.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٧ ـ ٢١٨.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٣.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٢ ـ ٤٣٣.
(٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٢.
(٧) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٥.
(٨) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٩ المسألة ٢٧.
(٩) تقدّم في ص ٤٧٧
(١٠) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٣٦٤ ب ١٧ من أبواب الخيار ح ٣ ـ ٥.
(١١) تذكرة الفقهاء: ج ١٢ ص ٢٠٥.
(١٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.
(١٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١١ ـ ٢١٢.
(١٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٥.
(١٥) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٤.

القول الثاني: عدم الانتفاع بما تفرّد به بمعنى عدم الانتفاع به أصلاً بعد القسمة كما هو ظاهر. وهو الّذي استقرّ عليه رأيه في «الخلاف[1]» في المنع من الإجبار و«المبسوط[2] والسرائر[3]» في المنع من القسمة فيما إذا وقع الضرر على الجميع وقد نسب هذا القول المحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد[4]» إلى الندرة، وفي «المبسوط» قال: إنّه مذهب الأكثر. ونسب الأوّل فيه إلى المتأخّرين[5].

الثالث: عدم الانتفاع به فيما كان ينتفع به مع الشركة. وهو مختار المصنّف في شفعة «التذكرة[6]» ونسب نقصان القيمة إلى القيل، ذكر ذلك بعد أوّل الباب. وهو مذهب الفاضل يحيى بن سعيد[7] على الظاهر والمحقّق الثاني[8]. قال يحيى بن سعيد: الضرر نقصان الانتفاع دون نقصان القيمة.

قلت: وهو الأقرب الأنسب بمفهوم الضرر، لأنّ القيمة إنّما تعتبر إذا أُريد البيع. وهو معنى القول الثالث من دون فرق أصلاً، كما يظهر لمن أجاد التأمّل.

الرابع: إحالة الضرر والنقصان إلى العرف، وهذا ذكره صاحب «المجمع[9]» احتمالاً.

ولعلّ الأقوال الثلاثة إنّما كانت في بيان تحقيقه[10] وإلّا فالضرر لغة يصدق على الكثير والقليل في العين والقيمة والانتفاع وليس له حقيقة شرعيّة جزماً. والقول الثاني أخصّ من الثالث مصداقاً وأعمّ استغراقاً، فليتأمّل في المقام جيّداً.

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٢٢٩ المسألة ٢٧. (٢ و٥) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٥.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ٣٩٨.
(٤) حاشية الإرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي ج ٩): ص ٤٦٧ وليست فيه نسبة هذا القول إلى الندرة فراجع.
(٦) تذكرة الفقهاء: ج ١٢ ص ٢٠٥. (٧) الجامع للشرائع: ص ٥٣١.
(٨) حاشية إرشاد الأذهان (حياة المحقّق الكركي ج ٩): ص ٤٦٧.
(٩) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٢. (١٠) كذا، والظاهر: تحقّقه.

وإذا لم يتضمّن القسمة ردّاً أُجبر الممتنع عليها، وإن تضمّنت لم يجبر، والثوب إن نقص بالقطع لم يُقسم قسمة إجبار وإن لم ينقص وجب.

وقد أشرنا فيما سلف أنّ الشهيد وجماعة شرطوا اعتبار الضرر في غير متساوي الأجزاء، وقد تقدّم أنّه معتبر مطلقاً. ويأتي تمام الكلام إن شاء الله تعالى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإذا لم تتضمّن القسمة ردّاً أُجبر الممتنع عليها﴾ لخبر الضرر والإجماع الّذي تكرّر، وتسمّى حينئذٍ القسمة قسمة إجبار، وسيأتي في كلام المصنّف: إنّ أقسامها أربعة، فتعريفها أنّها ما لم تتضمّن ردّاً ولا ضرراً مع تعديل السهام، وكأنّه ترك ذكر الضرر للعلم به ممّا تقدّم كما ترك ذكر التعديل. وقد تقدّم الكلام في أنّه يُجبر سواء كان في تركه ضرر أم لا وسواء كان أحدهما مضطرّاً إلى القسمة أم لا، وتقدّم الدليل عليه أيضاً وبيان المجبر. وأمّا إذا تضمّنت القسمة الردّ أو الضرر فإنّه لا يُجبر ولابدّ من التراضي. وقد تقدّمت الإشارة إلى ذلك كلّه، وتمام الكلام يأتي في محلّه ـ إن شاء الله تعالى ـ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والثوب إن نقص بالقطع لم يُقسّم قسمة إجبار وإن لم ينقص وجب﴾ هذا منه بناء على ما اختاره هنا من أنّ الضرر نقص القيمة. ولا فرق في ذلك بين الثوب وغيره من متساوي الأجزاء. وهو المثلي الّذي يصدق على قليله وكثيره اسم الكلّ كالأدهان ونحوها، فإنّها إذا نقصت قيمتها بالقسمة أو بطل الانتفاع بها على وجهها أو مطلقاً كما إذا كانت يسيراً فلاجبر فيها على المختار عندنا وإن خالفنا على ذلك جماعة كما أشرنا إليه سابقاً.

وكأنّه إنّما خصّ الثوب بالذكر، لما فيه من التأييد لما ذهب إليه من أنّ الضرر هو نقص القيمة، لأنّه ذكره في «المبسوط» وقال: وإن لم ينقص كالكرباس الغليظ الّذي لا يباع بالأذرع ولا تتفاوت القيمة بالاتّصال والانفصال قُسّم، قال: وهذا يدلّ على أنّ الضرر وهو نقصان القيمة دون عدم الانتفاع [1] انتهى. وأنت تعلم أنّ هذا إنّما يصلح دليلاً إن كانوا متّفقين على هذا الحكم، وإلّا فكلّ يجري به على ما ذهب إليه إلّا أن نقول: إنّهم قد اتّفقوا على أنّ الثياب المتّحدة في الجنس تقسم قسمة إجبار، وما ذاك إلّا لأنّه لا يمكن قسمة كلّ ثوب على انفراده، وما ذاك إلّا لنقص القيمة وإلّا فلا يعدم الانتفاع به أصلاً.

قلت: أقصاه إبطال هذا القول النادر وأمّا غيره فلا.

ويحتمل أن يكون أراد بذكر الثوب التنبيه على أنّ الضرر معتبر أيضاً فيما تساوت فيه الأجزاء، فإذا أدّت القسمة في الثوب ونحوه كالحبوب والأدهان إلى نقص القيمة أو عدم الانتفاع أو غير ذلك ـ على اختلاف الآراء ـ لم يُجبر. والحجّة على ذلك واضحة. ومن خصّ الضرر بمختلف الأجزاء كما في «الدروس والإرشاد» وغيرهما فإنّما جروا بذلك على الغالب فإنّ الغالب في متساوي الأجزاء عدم الضرر في القسمة، وإنّما يتحقّق الضرر في فرض نادر وهو ما إذا كان المشترك قليلاً جدّاً ينقص ولا ينتفع به بالقسمة كما أشرنا إليه. وبهذا يندفع الإشكال عن صاحب «المجمع» ويأتي تمام الكلام إن شاء الله تعالى.

وعليك بهذه المباحث فإنّك لم تظفر بها في غير الكتاب، والمنّة لله تعالى.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٧.

ولو تعدّدت الثياب فإن اتّحد الجنس قُسمت بالتعديل قسمة إجبار، وإن اختلف ولم يمكن قسمة كلّ ثوب على حدته لم يجب.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو تعدّدت الثياب فإن اتّحد الجنس قُسمت بالتعديل قسمة إجبار﴾ كما في «المبسوط[1] والشرائع[2] والتحرير[3] والإرشاد[4] والدروس[5] والمسالك[6] والمجمع[7] والكفاية[8] والمفاتيح[9]» وغيرها. ولا أجد من خالف في ذلك من أصحابنا وإنّما نسب في «المبسوط» القول بعدم الإجبار إلى بعض العامّة. وهذا إنّما يكون عند إمكان التعديل والتقويم كما أشار إليه المصنّف بقوله: «قُسمت بالتعديل» مع فرض عدم إمكان قسمة كلّ ثوب على انفراده، وكأنّه إنّما ترك التنبيه عليه كغيره اعتماداً على ما ذكره من عدم جواز قسمة الثوب على انفراده لنقص القيمة على مختاره أو لعدم الانتفاع ونحوه عند غيره. وحينئذٍ فُيقسم بعضه في بعض كما هو الشأن في قسمة متساوي الأجزاء من الحبوب ونحوها، لكون الأعيان متّفقة في الجنس فكان كمتساوي الأجزاء في أنّه لا يمكن قسمة كلّ جزء بانفراده كما هو المفروض، إمّا لنقص القيمة أو لعدم الانتفاع. ومن هنا يفارق ما إذا كان لهما داران، فإنّ كلّ واحدة منهما يمكن إفرادها بالقسمة، فيبطل ما قاله بعض العامّة[10] من أنّها أعيان مضمونة بالقيمة كالدارين. ثمّ إنّ اختلافها ليس بأكثر من اختلاف قيمة أجزاء الدار الكبيرة أو

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٧.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٢.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢١٨.
(٤) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٩.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٦.
(٩) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٨٨.
(١٠) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٧٦.

القرية مع أنّ هذا الاختلاف لا يمنع من القسمة إجماعاً.

فقد ظهرت الحجّة عليه وهي وجوب إيصال الحقّ لمستحقّه مع عدم الضرر. نعم، إذا لم يمكن التعديل فلابدّ من التراضي لمكان الردّ وكذا إذا اختلفت في الجنس ولم يمكن قسمة كلّ على انفراده كما أشار إليه المصنّف بقوله: «وإن اختلف».

وربّما قيل فيما إذا اختلف الجنس وتساوت القيمة: إنّه يجبر كما نُقل عن ظاهر المحقّق وجماعة في ثوب الإبريسم مع الكتّان. وفي «المسالك[1]» قال: فيه وجهان، ومثله صاحب «الكفاية[2]» والأقرب عدم الإجبار، لأنّه على خلاف الأصل والضرر غير مضبوط فيقتصر على المتيقّن، وهو ما إذا اتّحد الجنس، إلّا أن تقول: إنّ منع الشخص عن التصرّف في ملكه على خلاف الأصل وفيه ضرر ولا سيّما إذا كان الطالب متضرّراً بترك القسمة والممتنع غير متضرّر بالقسمة.

قلت: لعلّنا نقول في مثل هذه الصورة بالجبر كما تقدّمت الإشارة إليه، بل نقول فيه: ولو اشتملت على ردّ. وهذا يصار إليه وإن لم يذكره الأصحاب لأنّه لا ضرر ولا إضرار.

فإن قلت: ظاهر إطلاقهم أنّ ما اشتمل على ردّ لابدّ فيه من التراضي.

قلت: الإطلاق مقيّد بما عدا هذه الصورة.

وبهذا التحقيق يندفع إشكال صاحب «المجمع» في الفرق بين قسمة الردّ وغيرها، حيث قال: الفرق بين قسمة الردّ وغيرها مشكل خصوصاً إذا كانت مشتملة على التقويم مثل العبيد والثياب، فإنّهم جوّزوا في هذه قسمة الإجبار، فما المانع من أن يجبر في صورة الردّ أيضاً، فإنّ منع شخص من التصرّف في ماله بعيد خصوصاً إذا كان متضرّراً بترك القسمة والآخر الممتنع غير متضرّر انتهى[3]. ومن

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٨.

(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٦.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٩.

والعبيد تقسم بالتعديل قسمة إجبار على إشكال.

لايلزم الجبر في هذه الصورة يقول: إنّ الأصل عدم الإجبار خرجت القسمة الخالية عن الردّ بالإجماع وبقيت قسمة الردّ تحت الأصل.

وهل إذا اتّحد الجنس يشترط في الإجبار التساوي في العدد أو لا مع فرض إمكان التعديل بالقيمة كما إذا كان هناك ثلاث أثواب بين اثنين على السواء أحدهما يساوي الآخرين؟ احتمالان أصحّهما الإجبار كما يأتي. وأمّا إذا كان هناك أنواع مختلفة كعبد وثوب ودابّة ودار فلا جبر في قسمتها أعياناً بعضها في بعض. والظاهر أنّهم لا يختلفون في ذلك كما هو ظاهر «الكفاية[1]».

وأعلم أنّ مرادنا في عبارتنا بالجنس ما هو أخصّ من النوع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والعبيد تُقسم بالتعديل قسمة إجبار على إشكال﴾ جريان الإجبار بعد التعديل في العبيد خيرة «المبسوط والشرائع والتحرير والإرشاد والدروس والمسالك والمجمع والكفاية» وهو مذهب الأكثر كما في «المسالك والكفاية» وفي «الإيضاح» نقل عن بعض حكاية الإجماع على الجواز. وهو ظاهر «التحرير» حيث قال: عندنا.

احتجّوا باتّحاد الجنس وانتفاء الضرر كالثياب وبما رواه عمران بن حصين: أنّ رجلاً أعتق ستّة عبيد مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزّأهم أثلاثاً ثمّ أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة. قالوا: وما بينهم من الاختلاف ليس بأكثر ممّا بين أجزاء دار كبيرة أو بستان أو قرية.

واحتمل المصنّف العدم، للاختلاف الشديد بين أفراد الحيوانات واختلاف

---

(١) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٦.

ولا تصحّ قسمة الوقف لعدم انحصار المستحقّ في القاسم وإن تغاير الواقف.

الأغراض باختلافها والتجزئة الّتي فعلها النبيّ صلى الله عليه وآله لم يكن بدّ منها لوقوع العتق وعدم نفوذه بالكلّ. والظاهر أنّ هذا الخبر من طريق العامّة كما يظهر من «التذكرة» في الوصايا[1]. ولعلّهم آثروه على ما رواه محمّد بن مروان عن الشيخ: أنّ أبا جعفر عليه السلام مات وترك ستّين عبداً مملوكاً وأعتق ثلثهم فأقرعت بينهم وأعتقت الثلث[2]، لأنّهم أرادوا بذلك الردّ عن (على ظ) العامّة، إذ الظاهر أنّ المخالف إنّما هو العامّة لكنّ في «الإيضاح» ما يشعر بوجود مخالف من أصحابنا حيث قال: وإنّما خصّ الذكر هنا بالعبيد إظهاراً لخلاف من خصّ القولين أو الوجهين بغير العبيد وجزم بالإجماع بجواز الإجبار فيها[3] انتهى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا تصحّ قسمة الوقف، لعدم انحصار المستحقّ في القاسم وإن تغاير الواقف﴾ يريد أنّه لا تصحّ قسمة الوقف بين أربابه لما فيه من تغيير شرط الواقف ولعدم انحصار الحقّ في المقتسمين، لأنّه عليهم وعلى من بعدهم من البطون، لأنّهم يأخذون الإرث عن الواقف مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كأن يقف أحد الشريكين في هذا البستان حصّته على زيد وأولاده والآخر على عمرو وأولاده كما في شركة «التذكرة[4] والإرشاد[5] والإيضاح» في كتاب الوقف قال: لإطلاق الأصحاب منع قسمة

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٤٨٧ س ٣٥.

(٢) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٤٠ ح ٢٢.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٣.

(٤) لم نجد هذا القول في شركة التذكرة بل وجدناه في الوقف، فراجع تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٤٤٥ س ٤٢.

(٥) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٣.

الوقف[1] وبه عبّر في وقف «جامع المقاصد[2]» ـ وظاهرهما الإجماع على ذلك ـ و«الشرائع[3]» في كتاب الشركة و«الدروس[4]» لما ذكرناه.

وقال في «التحرير»: ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز كما أجزنا البيع حينئذٍ. قال: ولو قيل بقسمة الوقف بعضه من بعض مطلقاً أمكن، إذ القسمة ليست بيعاً، والأقرب عدم جوازها إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف ولا يلزمه ما فعل البطن الأوّل. ولو تعدّد الواقف والموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة[5].

قلت: القيد الأوّل يلتزمه كلّ من قال ببيعه حينئذٍ، بل قد يجوّزه من لا يجوّز ذاك، فتأمّل.

وأمّا جواز القسمة مع تعدّد الواقف والموقوف عليه فقد تبعه على ذلك صاحب «المسالك[6] والمجمع[7]» وقيّد به في «المسالك» إطلاق عبارة «الشرائع» والمصنّف في كتاب الوقف من هذا الكتاب[8] استشكل فيه.

ونحن نقول: هؤلاء المجوّزون إن قالوا: إنّه لا تلزم إلّا في حقّ القاسمين فإذا انقرضت البطن الأوّل انفسخت جازت القسمة لأن كانت إفراز حقّ وتمييزه، لكنّا نطالبهم بالدليل على ذلك، لأنّ الظاهر أنّ القسمة تفيد اللزوم مطلقاً، إلّا أن تقول: الحال فيه كحال ما إذا آجر الموقوف عليهم عشر سنين ثمّ انقرضوا قبل ذلك، فإنّها تنفسخ الإجارة. وفيه: إنّ هذا ليس دليلاً على ذلك، لأنّه فرق بين الأمرين. هذا كلّه إن أغضينا عن أنّه وقف مشاعاً فلا يجوز تغييره، إلّا أن تقول: إنّ كلّاً منهما تقل

(١) إيضاح الفوائد: ج ٢ ص ٤٠٦.
(٢) جامع المقاصد: ج ٩ ص ١١٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ١٣٢.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.
(٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٣.
(٦) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٣٢١.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٤.
(٨) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٤٠١.

ولو كان بعض الملك طلقاً صحّت قسمته مع الوقف وإن اتّحد المالك.

ملكه بجميع حقوقه ومن جملتها جواز إفرازه وتعيينه، ولأنّه آكد في الوقف فإنّ الوقف أمر معيّن فإذا تعيّن محلّه كان أولى، ولأنّه وقفان ولكلّ حكم نفسه فجاز تمييز أحدهما عن الآخر.

قلنا: هذا يسلّم لك إن قلنا به فيما إذا لم يشارك البطون الأُخر وإلّا فذاك يحتاج إلى دليل غير هذه الأمارات، ثمّ إنّ مخالفة ظواهر الأصحاب من غير ثبت مشكل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان بعض الملك طلقاً صحّت قسمته مع الوقف وإن اتّحد المالك﴾ ظاهر وقف «التذكرة[١]» الإجماع على صحّة قسمة الوقف من الطلق. واتّحاد المالك إمّا أن يكون مع الواقف أو الموقوف عليه، لأنّ القسمة إفراز حقّ وتمييزه وليست بيعاً، وهذا ممّا لا خلاف فيه بين أصحابنا، كما أنّه لا نزاع فيما إذا اشتملت على ردّ وكان الردّ من الموقوف عليهم كما يظهر ذلك من «التذكرة والمسالك» أمّا إذا كان الردّ من جانب صاحب الطلق فقد حكم المصنّف بعدم الجواز حيث قال: خاصّة. ووافقه على ذلك الشهيد الثاني في كتاب الشركة[٢] وهو ظاهر «المجمع[٣]» ووجهه أنّه معاوضة لا تصحّ في الوقف. وفي «التذكرة» نسب ذلك إلى العامّة وذكر هذا الدليل لهم، ثمّ قال: وهو ممنوع. ولعلّ وجه المنع أنّ ذلك يشير إلى أنّ القسمة بيع مع أنّها ليست كذلك عندنا، والحكم في المسألة لا يخلو من إشكال، فليتأمّل جيّداً. ولعلّنا نقول: إنّه إن كان في

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ٢ ص ٤٤٦ س ٣. (٢) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٣٢١ ـ ٣٢٢.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٤.

ولو تضمّنت ردّاً جاز من صاحب الوقف خاصّة، فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف.

[وإن كان في مقابلة عين مثل بئر فهو طلق][1].

والقناة والحمّام وما لا يقبل القسمة يجري فيها المهاياة ولايلزم، فإن رجع بعد استيفاء نوبته غرم قيمة ما استوفاه.

مقابلة وصف جاز وإلّا فلا، ولعلّه هو الحقّ.

بقي هنا شيء، و هو أنّه لو جعل الواقف للموقوف عليه القسمة، فإنّه لا يخلو عن إشكال، فإن جوّزناه ففي لزومه في حقّ البطون المتجدّدة إشكال. وإن قلنا بلزومه ففي نقضه لو اتّفق البطون اللاحقة من الطرفين على النقض إشكال. فهنا إشكالات ينبغي التأمّل فيها. ولا يحضرني الآن وجه يعتمد عليه في الترجيح.

قوله: ﴿فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف﴾ يريد أنّه إن كان الردّ الّذي دفعه صاحب الطلق في مقابلة الوصف كالجودة ونحوها فالجميع الّذي أفرزه الموقوف عليه وقف، وإن كان في مقابلة بناء أو شجر أو نحو ذلك فالوقف غير ما بإزائه الردّ والوجه في الأوّل عدم قبول الوصف الانفصال، ووجه الثاني ظاهر. وتمام الكلام وتحريره وتهذيبه في باب الوقف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن رجع بعد استيفاء نوبته غرم قيمة ما استوفاه﴾ وجهه ظاهر. وقد تقدّم احتمال كونه كالإجارة والجعالة فلا رجوع له. ولم يبيّن ما إذا رجع بعد استيفاء صاحبه نوبته، والظاهر أن لا شيء له عوضاً عمّا استوفاه إلّا بالتراضي.

---

(١) لم يرد في متن القواعد.

ولا يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة. ولو ساوى أحد العبدين ألفاً والآخر ستّمائة فإن ردّ آخذ الجيّد مائتين تساويا، ولا إجبار. ولو انفرد أحدهما بالرديء وخمس الجيّد لتزول الشركة على أحد العبدين استويا. لكنّ الأقرب أنّه لا يُجبر عليه، لأنّ أصل الشركة قائم، ويحتمل أن يكون كقسمة التعديل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يباع المشترك مع التنازع وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة﴾ ظاهره أنّه يترك حتّى يصلح الشركاء لأصل عدم الوجوب وعدم صحّة البيع عليهم. وربّما قيل كما في «الدروس[1]» وغيرها[2]: بأنّ الحاكم ينتزعه ويأجره لهما إن كان له اُجرة.

قلت: ولا سيّما إن كان هناك طفل. وإليه ذهب بعض العامّة[3]. وما يقع في بعض مطاوي العبارات من أنّه يباع عليهما فإنّما يراد مع رضاهما.

قوله: ﴿ولا إجبار﴾ لمكان الردّ.

قوله: ﴿لكنّ الأقرب أنّه لا يُجبر عليه، لأنّ أصل الشركة قائم﴾ يريد أنّه إذا انفرد أحدهما بالرديء وخمس الجيّد الأقرب أنّه لا يجب في ذلك وإن قلنا بالإجبار إذا أمكنت قسمة العبيد بالتعديل كما في الثياب، وذلك لأنّ أصل الشركة هنا قائم فليس هناك قسمة حقيقة حتّى

---

(١) الدروس الشرعيّة: ج ٢ ص ١١٩.

(٢) كما في السرائر: ج ٢ ص ٤٠٦.

(٣) راجع روضة الطالبين: ج ٩ ص ٣٧١.

يقال بالإجبار إن قلنا به في العبيد، وإلّا فقد علمت أنّه استشكل في قسمة العبيد بالإجبار. هكذا ينبغي أن يفهم من هذه العبارة. وهو الّذي فهمه ولده في الإيضاح قال في «الإيضاح»: هذه المسألة مبنيّة على مسألة، وهي أنّه لو كان ثلاثة أعبد بين اثنين نصفين أحدهم يساوي ألفاً والآخران يساويان ألفاً، فعلى قول من يقول بعدم الإجبار عند إمكان التسوية بالقيمة أو على احتماله فعدم الإجبار هنا أولى، وإن قلنا بالإجبار ثمّة ففيه هنا إشكال منشؤه ما ذكره المصنّف، والأصحّ عندي عدم الإجبار[1] انتهى. وهو خيرة «التحرير[2] والمسالك[3]».

قلت: يلزمهم أنّه لو كان بينهما ثوبان قيمة أحدهما عشرة والآخر ستّة فانفرد أحدهما بالرديء وخمس الجيّد لتزول الشركة في الرديء أنّه لا يُجبر، والظاهر أنّهم يقولون بذلك كما سيجيء في الفصل الرابع حيث قالوا في مبحث التراضي: ومع بقاء الإشاعة في أحدهما لا يحصل التميز فلا يجبر. وسيأتي بيانه مفصّلاً ـ إن شاء الله تعالى ـ.

وبعض الناس احتمل في العبارة رجوعه إلى أصل باب قسمة العبيد هل هي كقسمة التعديل أم لا؟ كما سلف في الإشكال، وهو بعيد جدّاً. وأبعد منه ما قيل: من أنّه مبنيّ على ما لو كان بين اثنين ثلاثة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف، فإن قلنا بالإجبار في هذه المسألة قلنا به هنا وإلّا فلا، وهو كما ترى واضح الفساد لزوال الشركة في الفرض المذكور وقيامها في الصورة المتنازع فيها.

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

(٢) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ٢١٩.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٣٨.

الفصل الرابع: في كيفيّة القسمة

القسمة قد تكون قسمة إجبار، وقد تكون قسمة تراض، وقد مضى تفسيرهما.

الفصل الرابع: في كيفيّة القسمة

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وقد مضى تفسيرهما﴾ قد مضى أنّ قسمة الإجبار ما أمكن فيها التعديل من دون ردّ ولا ضرر وأنّ قسمة التراضي ما كان فيها ردّ، لكنّه قال في فصل القاسم: إذا لم يكن ردّ أجزأ القاسم الواحد وإلّا وجب اثنان، ومن المعلوم أنّه إذا كان هناك تعديل وتقويم من دون ردّ كما في الثياب والدور والبساتين لابدّ من الاثنين لمكان التقويم الّذي لابدّ فيه من عدلين مع أنّها خارجة عن هذا الضابط الّذي ضبطه في فصل القاسم، فالتزم بعض الأصحاب كالمولى الأردبيلي أن يقول: المراد بقسمة الردّ التعديل لا الردّ الحقيقي ـ كما نقل عن الدروس ـ أو يقال: إنّما سُمّيت قسمة ردّ لتحقّقه فيها في الجملة أو ردّ قيمة من بعض العروض وضمّه إلى آخر ليحصل التعديل [١] انتهى، فقد اشتبه عليه الأمر حتّى ارتكب هذا، ولزمه أن يخالف الإجماع، لأنّ هذه الأشياء الّتي ذكرناها ممّا أجمعوا على الجبر فيها عند انتفاء الضرر، فإن كانت من قسمة الردّ يلزمه أن يقول بعدم الجبر فيها، إذ لا جبر فيما فيه ردّ حقيقة كما أشرنا إلى ذلك فيما سلف. ثمّ إنّه قدّس الله تعالى روحه أخذ يتأمّل في الفرق بين قسمة

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٦.

التراضي وقسمة الإجبار، كما تقدّم بيانه.

والسرّ في هذا الاشتباه ونحوه ممّا لعلّه يعرض كثيراً عدم بيان ما يقع فيه قسمة الإجبار في ضابط حاصر لذلك، لأنّهم تارة يقسمون القسمة إلى قسمين إجباريّة وتراض، ثمّ يقع منه بعض العبارات الموهمة خلاف المراد كما وقع للمصنّف في الفصل الثاني كما عرفت، وفي «الإرشاد» وقعت عبارات كثيرة ظاهرها الإيهام غير المراد، وتارة يقسمونها إلى ثلاثة أقسام كما صنع في «التحرير» ومنهم من يقسم المقسوم أربعة أقسام وفي أثناء ذلك نبّه على القسمين، وهكذا.

ونحن نقول: القسمة الإجباريّة تقع على نحوين:

أحدهما: لا تقويم ولا تعديل فيها، وهذه إنّما تجري في متساوي الأجزاء كالحبوب والأدهان والعرصة الواحدة المتساوية الأجزاء ونحو ذلك، ولا يشترط فيها شرط سوى بقاء الحصص بعد القسمة منتفعاً بها أو حافظة للقيمة كما مرّ. وهذا الشرط وإن لم يصرّح به كثير لكنّه مأخوذ من كلامهم.

الثاني: أن تكون مشتملة عليهما من دون ردّ. وهذه تجري في غير متساوي الأجزاء. ويشترط فيها عدم الضرر السالب للانتفاع فيما إذا كان داخلاً على الجميع. فلو كان كذلك فلا جبر بل لو اتّفقوا عليه لا يجابون، لكنّ هذا القسم ينقسم إلى قسمين: أحدهما: ما يعدّ شيئاً واحداً، والثاني: ما لا يعدّ شيئاً واحداً. أمّا الأوّل فلا كلام في جريانها فيه إلّا ممّن شذّ بعد التعديل والتقويم كالأرض المختلفة الأجزاء في قوّة النبات والقرب من الماء و نحو ذلك. ومثلها البستان الواحد المختلف الأشجار والدار الواحدة المختلفة البناء. وأمّا الثاني فعلى قسمين أيضاً: عقار وغيره، أمّا العقار كالدور المتعدّدة والأرض الخالية من الشجر وهي المعبّر

عنها بالأقرحة والدكاكين المتعدّدة فلا تقسم بعضها في بعض قسمة إجبار، ولامخالف في ذلك إلّا المصنّف في «الإرشاد[١]» في الدكاكين وابن البرّاج[٢] إذا تساوت الرغبة. ويأتي الكلام فيه مفصلاً ـ إن شاء الله تعالى ـ. وأمّا غير العقار كالثياب والعبيد والدوّاب والأشجار فإمّا أن يكون من صنف واحد أو متعدّد، فإن كان من صنف واحد جرى فيها الإجبار قولاً واحداً إلّا ما نقله الشيخ عن بعض[٣] وقد مضى تردّد المصنّف في العبيد، وقد علمت أنّه ادّعى الإجماع على جريانه في العبيد. وأمّا لو كانت من أصناف مختلفة كالثوب الإبريسم مع الكتّان إذا كان لايمكن قسمة كلّ على حدة، والعبد الهندي مع التركي فهناك احتمالان، وقد تقدّم الترجيح. وأمّا الأجناس المختلفة كالعبد والثوب والحنطة والشعير فلا يجري فيها الإجبار كما مرّ بيانه.

وأمّا قسمة التراضي: فقد عُلم أنّها إنّما هو في مختلف الأجزاء الّتي لا يمكن تعديلها بدون ردّ.

وأمّا المهاياة: فلا جبر فيها ولا لزوم مع التراضي. وهذا وإن لم يأت على الجميع إلّا أنّه يفيد حال حكم ما لم يذكر في الجملة، فتأمّل.

وليعلم: أنّ قسمة الإجبار يطلق عليها تارة أنّها قسمة إفراز باعتبار متساوي الأجزاء غالباً، وتارة قسمة تعديل باعتبار جريانها في مختلف الأجزاء، وتارة قسمة من غير ردّ وهذا باعتبار الأمرين، وهو مساو للإجبار. وقد يراد بقسمة الإفراز في بعض الأحيان ما يشمل الإجباريّة بقسميها، وقد يُطلق عليها وعلى التراضي.

---

(١) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.

(٢) المهذّب: ج ٢ ص ٥٧٤.

(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٧.

وقسمة الإجبار ما يمكن التعديل فيها من غير ردّ، وأقسامها أربعة: أن يتساوى السهام ويتساوى قيمة أجزاء المقسوم أو يختلفا أو يختلف السهام ويتساوى قيمة الأجزاء أو بالعكس.

فالأوّل: كأرض متساوية الأجزاء في القيمة بين ستّة لكلّ واحد سدسها. وهذه يقسم ستّة أجزاء بالمساحة، ثمّ يقرع بأن تكتب رقاع بعدد السهام متساوية ثمّ يتخيّر في إخراج الأسماء على السهام أو بالعكس، فإن أخرج الأسماء على السهام كتب في كلّ رقعة اسم واحد من الشركاء ويجعل في بندقة من شمع أو طين متساوية، ويقال لمن لم يحضر القسمة: أخرج بندقة على هذا السهم، فيكون لمن خرج اسمه، ثمّ يخرج أخرى على الآخر إلى أن ينتهى.

قوله: ﴿أربعة﴾ لأنّ العين المقسومة إمّا متساوية القيمة في الأجزاء أو لا، وعلى التقديرين إمّا أن تكون الحصص متساوية أو لا.

قوله: ﴿ثمّ يُقرع﴾ أي إن تعاسروا أو أُريد اللزوم، وقد علمت أنّه جزم في «اللمعة والروضة[1]» باللزوم من دون قرعة إذا اتّفقا على اختصاص كلّ بسهم.

قوله: ﴿ثمّ يقال: لمن لم يحضر القسمة﴾ هذا ليس على سبيل الوجوب، بل لأنّ ذلك أبعد عن التهمة وأسكن لنفوس الشركاء. وكذا جعل ذلك في بنادق ونحو ذلك فإنّه لو جعلها بالأقلام والحصى والورق وما جرى مجراه مع مراعاة الستر كفى، لكنّ ما ذكره المصنّف هو المشهور فالعمل به أحوط.

---

(١) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٧.

وإن أخرج على الأسماء كتب في الرقاع أسماء السهام فيكتب في رقعة الأوّل ممّا يلي جهة كذا وفي أُخرى الثاني إلى أن ينتهي، ثمّ يخرج رقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الّذي في الرقعة.

الثاني: أن يتّفق السهام خاصّة، فيعدّل الأرض بالقيمة ويجعل ستّة أسهم متساوية القيمة ويفعل كالأوّل.

الثالث: أن تتساوى القيمة خاصّة كأرض متساوية الأجزاء في القيمة لواحد نصفها ولآخر ثلثها ولثالث سدسها، فإنّها يقسم ستّة أجزاء على قدر الأقلّ ويعدل بالأجزاء، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم، ويجعل للسهام أوّل وثان إلى الآخر، ويتخيّر في ذلك الشركاء، فإن تعاسروا عيّنه القاسم،

قوله: ﴿على واحد بعينه﴾ تعيين من يُبتدى به من الشركاء وما بعده وكذا السهام في الأوّل منوط بنظر القاسم.

قوله: ﴿متساوية القيمة﴾ أي ومختلفة المساحة، لأنّ المعتبر التعديل بالقيمة سواء تساوت الأجزاء فيها أم لا.

قوله: ﴿على قدر﴾ السهم ﴿الأقلّ﴾ لأنّ القسمة إنّما يكون على أقلّ الأجزاء، لأنّه لا يحتاج معها إلى قسمة أُخرى ولأنّه أمكن في التعديل.

قوله: ﴿يعدّل بالأجزاء﴾ لمكان تساوي القيم.

قوله: ﴿ويتخيّر في ذلك﴾ أي تعيين الأوّل.

ثمّ يخرج رقعة على السهم الأوّل،

قوله: ﴿ثمّ يخرج رقعة على السهم الأوّل﴾ ظاهره بمعونة ما يأتي من مفهوم المخالفة الّذي تشعر به عبارته الآتية إشعاراً أنّ الأسماء تخرج على السهام.

وربّما قيل فيه: إنّه لا ينطبق الإخراج على السهام لاختلافها باختلاف الأسماء بل المعتبر في الاسم الخارج أوّلاً أن يعطى الأوّل قطعاً وما بعده إلى تمام الحقّ إن احتيج إليه بأن كان الاسم لغير صاحب السدس، فلا تتعيّن السهام إلّا بعد تحقّق الاسم.

وقد يجاب بأنّه لمّا كان السهم الأوّل متعيّناً للاسم صدق إخراج الأسماء على السهام في الجملة. وقد يجاب بخلاف هذا، والأمر سهل. ولعلّه لذلك اقتصر في «التحرير[1] والدروس[2]» على إخراج الأسماء من غير أن يجعلاه على السهام أو غيرها فليتأمّل.

وقال في «الإرشاد[3]»: وتخرج على الأسماء. وظاهرها مشكل، فالمراد أسماء السهام ـ أعني الأوّل والثاني ـ لا أسماء الشركاء. وهذا توجيه حسن.

ولم يتعرّض للإشكال ولا التوجيه صاحب «المجمع» وكأنّه لسهولته، لكنّ هذا التوجيه لا يتأتّى في عبارة «الشرائع» كما يأتي.

---

(١) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ٢٢٣.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.

(٣) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.

فإن خرجت لصاحب السدس أخذه، ثمّ أخرج أُخرى على الثاني، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث، وكانت الثلاثة الباقية لصاحب النصف، وإن خرجت الثانية لصاحب النصف أخذ الثاني والثالث والرابع، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث، وإن خرجت الأُولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأُول، ثمّ يخرج الثانية على الرابع، فإن خرجت لصاحب الثلث أخذه مع الخامس وكان السادس لصاحب السدس، وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الآخر الخامس والسادس، وإن خرجت الأُولى لصاحب الثلث أخذ الأوّل والثاني، ثمّ يخرج الثانية على الثالث، فإن خرجت لصاحب السدس أخذه، وأخذ الثالث الثلاثة الباقية، وإن خرجت الثانية لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس، وكان السادس للأخير، ولا يفتقر إلى كتابة ستّة رقاع لصاحب النصف ثلاثة ثلاث ولصاحب الثلث اثنتان (اثنان خ) ولصاحب السدس واحدة كما توهّمه بعضهم لعدم فائدته فإن المقصود خروج صاحب النصف.

قوله: ﴿فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثاني والثالث﴾ حاصل هذا وما بعده أنّه لا يفرّق بين السهام للضرر، فإن خرجت رقعة باسم من يستحقّ سهمين فصاعداً على سهم استحقّه مع ما يليه من غير قرعة أُخرى، ولذلك لا يفتقر إلى كتابة ستّ رقاع كما يأتي.

قوله: ﴿كما توهّمه بعضهم﴾ لم يُعهد من شريف طبع المصنّف مثل هذا مع

ولا يصحّ أن يكتب رقاعاً بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الشركاء.

ما يراه من أنّ الشيخ في «المبسوط[١]» جعله أقوى من الأوّل. ولعلّه وجّه ذلك إلى بعض العامّة الّذي نقل الشيخ ذلك عنه ثمّ قوّاه، لأنّ من كان سهمه أكثر كان حظّه أوفر وله مزّية على صاحب الأقلّ، فإذا كتب لصاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع وأقرب وإذا كتب له واحدة كان خروج رقعته ورقعة صاحب السدس سواء، فالشيخ ـ رحمه الله تعالى ـ لحظ جانب الاحتياط، لأنّ مساواته لصاحب السدس ظلم في الإخراج، لأنّ الأجزاء وإن كانت متساوية إلّا أنّها لا تخلو في الواقع من تفاوت يسير جدّاً، ولهذا كان تعيين الأوّل للشركاء، وإن تعاسروا فإلى الحاكم أو القاسم. والحاصل أنّ هناك نوع احتياط في الجملة وأقصى ما فيه الكلفة اليسيرة، والاحتياط اليسير يرجّح على الكلفة اليسيرة. وعلى هذا فإذا خرجت رقعة لذي السهمين أو السهام دفعت إليه سهامه، وإن خرجت له رقعة اُخرى اُلغيت.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا يصحّ أن يكتب رقاعاً بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الشركاء﴾ يريد أنّه لا يصحّ في هذا القسم أن يكتب رقاعاً بأسماء السهام إلّا بتراضيهم. وقال في «الشرائع[٢]»: ولا يخرج في هذه على السهام بل على الأسماء ـ كما في أكثر نسخ «الشرائع» ـ فاعترضه صاحب «المسالك[٣]» بقوله والمصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ جمع هنا بين الأمر بالكتابة المستلزمة للإخراج على السهام بل المصرّحة بذلك ثمّ أمر بإخراجها على

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٨.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٣.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٤٥ و٤٦.

لأدائه إلى التضرّر بتفريق السهام، لأنّه قد يخرج السهم الثاني لصاحب السدس فإذا خرجت الثانية باسم صاحب النصف أو الثلث فيها السهم الأوّل حصل الضرر.

الأسماء ونفى إخراجها على السهام مع أنّ حقّه العكس. ثمّ قال: وهو إمّا فاسد أو محتاج إلى تكلّف بعيد.

قلت: الجواب عنه بأنّ المراد أنّ هذه الرقاع لا تخرج على السهام وإن كان المكتوب فيها الأسماء لعدم انطباقها عليها بل تخرج على نفس الأسماء، والمراد إخراجها مطلقاً كما ذكره في «الدروس[1]» ففيها حينئذٍ نوع حزازة والمقصود منها واضح، على أنّه في بعض النسخ: ولا تخرج في هذه السهام على الأسماء، فاندفع جميع ما قاله الشارح.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لأدائه إلى التضرّر بتفريق السهام ... إلخ﴾ حاصله أنّه قد يخرج السهم الثاني لصاحب السدس، فلم يكن بدّ من أن يدخل السهم الأوّل في نصيب صاحب النصف أو الثلث فيلزم التفريق.

قلت: وفيه أيضاً أنّه قد يخرج السهم الخامس لصاحب السدس، فيلزم أيضاً التفريق قطعاً. وزاد في «المبسوط[2]» أنّه ربّما خرجت رقعة صاحب النصف على السهم الثالث أو الرابع فيكون له معه سهمان آخران، فلو قال: لي السهمان بعد الثالث، قال شريكاه: بل هما قبل الثالث، فيفضي إلى الخصومة ووضع القسمة لرفعها. وقد نقل في «المسالك[3]» وجوهاً اُخر عن بعض الفضلاء للكتب بأسماء السهام لا يلزم معها التفريق، وقد نظرتها فإذاً لا تتمّ إلّا برضا الشركاء فأعرضت

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٩.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٤٧.

الرابع: أن يختلف السهام والقيمة فتعدّل السهام بالتقويم وتجعلها على أقلّهم نصيباً ستّة أقسام متساوية القيمة ثمّ تخرج الرقاع على أسماء السهام.

وأمّا قسمة التراضي: وهي الّتي يتضمّن ردّاً في مقابلة بناء أو شجر أو بئر فإنّما يصحّ مع رضا الجميع.

عن ثقلها، إذ مع التراضي لا بأس بالتفريق أيضاً، منها أنّه يبتدأ أوّلاً باسم صاحب النصف، فإن خرج الأوّل باسمه أعطى الأوّل والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك يعطي معه ما قبله وما بعده ... إلخ. وهذا إنّما يتمّ مع رضاء الشركاء كما هو ظاهر بل نقول: لو بدأ باسم صاحب السدس حصل عدم التفريق مع التراضي بأن يكون إذا خرج الأوّل أو الثاني باسمه دفع إليه الأوّل، أو خرج الخامس أو السادس باسمه دفع إليه السادس، فالاقتصار على ما ذكره المصنّف أقلّ كلفة، وعلى ما ذكره الشيخ أحوط.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فتعدّل السهام بالتقويم وتجعلها على أقلّهم نصيباً ستّة أقسام﴾ لمّا كان المعتبر إنّما هو القيمة لا المقدار، فإن اتّفق المقدار موافقاً للقيمة قُسمت بالأجزاء والمساحة كما تقدّم وإلّا فالتقويم، فقد يجعل ثلث الأرض بسدس و نصفها بسدس آخر والسدس الآخر يُقسم أرباعاً فتصير السهام ستّة في المثال المفروض أوّلاً متساوية القيمة، والأمر في إخراجها بالقرعة كما في الثالث من غير فرق، إلّا أنّ التعديل هنا بالقيمة وهناك بالمساحة المستلزمة للقيمة.

قوله: ﴿وأمّا قسمة التراضي وهي الّتي يتضمّن ردّاً في مقابلة بناء أو شجر﴾ أي ونحو ذلك من قرب المسجد أو الحفرة أو السوق

فإذا اتّفقا على الردّ وعدّلت السهام قيل: لا يلزم بنفس القرعة لتضمّنها المعاوضة ولا يعلم كلّ واحد من يحصل له العوض، فافتقر إلى الرضا بعد القرعة.

أو الماء أو الارتفاع ونحوه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: و﴿قيل: لا تلزم بنفس القرعة﴾ كما في «المبسوط[1] والتحرير[2] والإرشاد[3] والدروس[4]» وهو خيرة «الإيضاح[5]» صرّح به استطراداً في مسألة القاسم. وهو الّذي قوّاه في «المسالك[6]» قالوا: فلا بدّ من تراضيهما بعد القرعة ولابدّ من لفظ «رضيت» وما أدّى معناه بعد القسمة، لكنّ هؤلاء اختلفوا في موضعين:

الأوّل: فيما إذا اقتسما قسمة لا ردّ فيها بدون قاسم الحاكم مع القرعة، ففي «المبسوط[7] والتحرير[8]» أنّه لابدّ من الرضا بعد القرعة كما هنا، ولم يشترط في «الإرشاد والإيضاح والدروس والمسالك». واستشكل المصنّف والمحقّق هناك كما يظهر ذلك منهما هنا لمكان نسبته إلى القيل، فهما إمّا متردّدان أو رادّان، وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً في الفصل الثاني في القاسم.

الموضع الثاني: إنّ ظاهر «المبسوط والتحرير والإرشاد[9] والشرائع[10]» والمحقّق والمصنّف أيضاً أنّ مورد النزاع فيما نحن فيه مطلق سواء كان القاسم القارع منصوب الإمام أم لا. وفي «الدروس[11]» صرّح بكون قسمة المنصوب يلزم بالقرعة مطلقاً، لا فرق في ذلك بين قسمة التراضي وعدمها، وفي غيره

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٩.
(٢ و٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٣.
(٣ و٩) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٤ و١١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٧.
(٥) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٦٩.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٠.
(٧) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٢.
(١٠) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٤.

يتعيّن تراضيهما في قسمة الردّ خاصّة. وقد مضى أنّ الشهيدين في «الروضة واللمعة[1]» اتّفقا على أنّهما لو اتّفقا على اختصاص كلّ واحد بسهم لزم من غير قرعة، ولا فرق بين قسمة الردّ وغيرها. وفي «الكفاية[2]» نسب هذا القول إلى اللمعة والقواعد والمسالك أوّلاً ثمّ قال في الفصل الثالث: وإذا اتّفقا الشركاء على اختصاص كلّ واحد بسهم صحّ وجاز وكان لازماً في غير قسمة الردّ. وهو ظاهر الأكثر وصريح بعضهم، انتهى. وفيه ما علمت فيما مضى ولكلّ وجه. وقد تقدّمت الإشارة إلى ذلك كلّه.

وكثيراً ما يشتبه الحال في تحرير النزاع ونقل الأقوال كما وقع ذلك من بعض الأصحاب، وكان ذلك من عدم استيفاء النظر مباحث الأصحاب، وما ذكرناه حصل بعد معاودة النظر في جميع مباحثهم في المقام مراراً متعدّدة. وصاحب «المجمع[3]» تأمّل في المقامين.

وتنقيح البحث في المسألة أن يقال: إن اتّفقا على أن يكون الردّ من واحد معيّن وأوقعا صيغة معاوضة تقتضي ذلك كالصلح ونحوه فلا كلام. وإن اتّفقا عليه ودفع الرادّ العوض من غير صيغة خاصّة كان الحكم هنا كالمعاطاة لا يلزم إلّا بالتصرّف كما هو الشأن في القسمة مع عدم الردّ الواقعة بدون قاسم الحاكم على المختار كما سلف. وإن اتّفقا على الردّ وعدّلت السهام فإنّه يلزم بنفس القرعة إن كان القارع القاسم منصوب الإمام وإلّا فلابدّ من التراضي بعد القرعة. وظواهر الأصحاب تنزّل على ذلك. والوجه في ذلك ظاهر كما تقدّم.

---

(١) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٧.

(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢١٥.

قولك: المعاوضة لا يؤثّر فيها نظر الحاكم بل أمرها يرجع إلى المتعاوضين، فيه: أنّ المراد أنّ القسمة المشتملة على المعاوضة يؤثّر فيها نظر القاسم من الحاكم. وإن شئت قلت: المعاوضة الّتي لا بدّ منها في القسمة يؤثّر فيها نظر قاسم الحاكم وإلّا فما الفائدة في نصبه، فلا يعتبر رضاهما بعد كما لا يعتبر رضاهما بعد حكمه كما تقدّم بيانه.

قال في «المبسوط»: إنّ القرعة تفيد معرفة البائع من المشتري وقبل القرعة لا يعلم هذا، فإذا علم بها البائع من المشتري وعلمنا من الّذي يأخذ البئر ويردّ خمسين قلنا: الآن قد بان ذلك الرجل فلا تلزم القسمة إلّا بتراضيهما، قال: وتفارق هذه قسمة الإجبار، لأنّه لا بيع فيها ولا شراء فلهذا لزمت بالقرعة، وهذه فيها بيع وشراء فلم يلزم بها. وقال أيضاً: لمّا لم يعتبر التراضي فيها في الابتداء فكذلك في الانتهاء، وأمّا هذه فإنّه اعتبر فيها التراضي في ابتدائها فكذلك في انتهائها[1].

قلت: يمكن حمل كلامه على ما إذا كان القاسم غير منصوب الحاكم، ثمّ إنّه أشبه شيء بما يقوله العامّة من أنّ قسمة التراضي بيع[2]، وقد انعقد إجماع أصحابنا على أنّها مطلقاً ليست بيعاً وإنّما هي قسم برأسه كما سلف بيانه في صدر الفصل، سلّمنا ولكنّ قوله: «قبل القرعة لا يعلم ... إلخ» فيه: إنّهما إذا رضيا بما توجبه قرعة قاسم الإمام فإذا أوجبت كون زيد مثلاً بمنزلة البائع وعمرو بمنزلة المشتري لزمها ذلك وعلمنا البائع والمشتري بنفس القرعة المقارنة للرضا، فتأمّل.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٣٩.

(٢) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٧٢، والمغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٥٠٢ ـ ٥٠٣.

ولو طلب أحدهما الانفراد بالعلو أو السفل أو قسمة كلّ منهما منفرداً لم يُجبر الممتنع بل يأخذ كلّ منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل. ولو طلب أحدهما قسمة السفل خاصّة ويبقى العلو مشتركاً أو بالعكس لم يُجبر الآخر، لأنّ القسمة للتمييز ومع بقاء الإشاعة في أحدهما لا يحصل التمييز.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو طلب أحدهما الانفراد بالعلو أو السفل أو قسمة كلّ منهما منفرداً لم يُجبر الممتنع بل يأخذ كلّ منهما نصيبه من العلو والسفل بالتعديل﴾ يريد أنّه لو كان بينهما دار لها علو وسفل، فإن طلب أحدهما القسمة بأن يكون لكلّ منهما بعض من العلو والسفل أُجبر الآخر، إذ لا ضرر ولا ردّ، لأنّ البناء كالأشجار. ولا فرق في ذلك بين أن يجعل نصيب كلّ منهما من العلو فوق نصيبه من السفل وعدمه على الأقوى، ويحتمل اشتراط الأوّل في الإجبار لما في اختلاف النصيب من الضرر. وأنت تعلم أنّ هذا ضرر لم يمنع الإجبار، إلّا أن تقول إنّها تنقص القيمة حينئذٍ، فتأمّل. ولو طلب الانفراد بالعلو أو السفل أو قسمة كلّ منهما بينهما لم يُجبر، لأنّ البناء تابع للأرض والعلو تابع للسفل، وإنّما يُجبر على قسمة تأتي على الأرض، ولأنّ من ملك من الأرض ملك قراره إلى الأرض السابعة وهواه إلى السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء والعلو عن القرار. وهذا الحكم ممّا اتّفقت عليه كلمة الأصحاب، إذ لا أجد ناطقاً بذلك ممّن تعرّض له ما عدا مولانا المقدّس الأردبيلي [1] فإنّه قال: لا شكّ أنّه أولى إن أمكن، وأمّا الوجوب فليس بمعلوم، إذ

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٠.

مدار التقسيم على الرضا خصوصاً في غير الإجباريّة، فلهم أن يرضوا بما يريدون، وأيضاً قد لا يمكن.

قلت: مراد الأصحاب بيان ما يجري فيه الإجبار، فقالوا: إن طلب الانفراد بالعلو ... إلخ لم يُجبر الآخر، وإن طلب قسمتها معاً أجبره الحاكم ووجب واُلزم، وإلّا فلو تراضيا على أن يهدماها فضلاً عن أن يقتسماها على ذلك كان لهما ما لم يبلغ السفه، فصدور مثل ذلك منه عجيب، وأعجب منه قوله خصوصاً في غير الإجباريّة، إذ الكلام في ما يُجبر عليه. وأعجب منهما قوله: وأيضاً قد لا يمكن، إذ من المقطوع أنّه لا يقسم إلّا ما يمكن قسمته بحيث لا يزيل الانتفاع أو لا تنقص القيمة على اختلاف الآراء، والّذي حدا قلمه الشريف على ذلك ظاهر عبارة «الإرشاد[1]» حيث قال: وقسمة العلو والسفل معاً لا بأن ينفرد أحدهما، ولم يقل: ولو طلب ... إلخ، ومن المعلوم أنّ مراده أنّ قاسم الحاكم إنّما يجبر إذا طلب قسمتهما معاً، كما هو ظاهر.

هذا وربّما أشعرت عبارة القاضي والكاتب والمصنّف في «المختلف» بجواز الانفراد بالعلو أو السفل، قال في «المختلف» قال ابن البرّاج في كتابيه معاً: إذا قسم العلو والسفل قوم كان سقف السفل على صاحب السفل ويكون كالأرض لصاحب العلو ولا يجوز لصاحب السفل هدمه وإلزام صاحب العلو تسقيفه، بل إذا استهدم ولم يكن صاحب العلو قد جنى عليه كان عمله لازماً لصاحب السفل. قال المصنّف: والوجه المنع، وبه قال ابن الجنيد، لأنّ السقف إن كان موجوداً وقت القسمة كان لصاحب العلو إن شرط أو لصاحب السفل إن شرط له، وإن لم يكن موجوداً كان عمله على صاحب العلو، لأنّه رضي بأخذ العلو على هذه الهيئة، وإذا

(١) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.

استهدم لم يجب على صاحب السفل عمله، إذ لا يجب على الإنسان عمارة مال غيره[1]. وظاهر هذا الكلام أنّها تصحّ القسمة كذلك فليحمل على أنّهما قد تراضيا بذلك، لا أنّ قاسم الحاكم أجبر أحدهما على ذلك. وإنّما نقلنا كلامهم بأجمعه، لأنّه فرع لم يذكره المصنّف في هذا الكتاب.

وليعلم: أنّ ما حرّرناه في الحجّة من أنّ من ملك أرضاً ملك قراره إلى الأرض السابعة وهوائها إلى السماء هو ظاهر الأصحاب، لكن الأُستاد ـ جعلني الله فداه* ـ كان يتأمّل في ذلك منذ سنين والّذي قوّاه ـ يوم قرأنا على جنابه الشريف في كتاب إحياء الموات في المدرسة المعمورة في داره الميمونة ـ أنّ من ملك أرضاً إنّما يملك من قرارها وهوائها ما يصدق عليه أنّه ملكه عرفاً وأقام على ذلك شواهد وأمارات فليتأمّل. وعلى ما قوّاه يصحّ الاستدلال أيضاً.

وممّا ذكرنا يُعلم الحال فيما لو طلب أحدهما قسمة السفل خاصّة ويبقى العلو مشتركاً أو العكس فإنّه لم يُجبر عليه كما أشار إليه المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ لأنّ القسمة للتمييز والبناء تابع للأرض فالمشترك شيء واحد ومع بقاء الإشاعة في أحدهما وهما تابعان للأرض لا يحصل التمييز، كما لو اشتركا في جريب من

---

* ـ اصطلاحنا في قولنا الأُستاد على الإطلاق فإنّما يراد به مولانا العلّامة الفقيه الشيخ جعفر، وإذا قلنا الأُستاد الشريف فإنّما يراد به أُستاده مولانا السيّد محمّدمهدي، وإذا قلنا الأُستاد مولانا ملّا محمّدباقر فإنّما يراد أُستادهما، وإذا قلنا بعض مشايخنا المعاصرين فإنّما يراد به مولانا وأُستادنا السيّد علي الطباطبائي ـ أدام الله حراستهم ـ.

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٨.

ولو كان بينهما خان أو دار متّسعة ولا ضرر في القسمة أُجبر الممتنع، ويفرد بعض المساكن عن بعض وإن تكثّرت. أمّا لو كان داران أو خانان وطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو إحدى الخانين لم يُجبر الممتنع

الأرض فطلب أحدهم قسمة نصفه وبقاء الآخر على الإشاعة كما تقدّمت الإشارة إليه في الفصل الثالث في مبحث قسمة العبيد، فتذكّر. وكذا يعلم الحال فيما إذا كان بينهما خان أو دار متّسعة ولا ضرر في القسمة ولا ردّ، فإنّه يُجبر الممتنع كما أشار إليه المصنّف، لما عرفت من أنّ البناء تابع للأرض فالمشترك فيه واحد وإن تكثّرت توابعه فيُقسم ويُفرز بعض المساكن عن بعض.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان بينهما داران أو خانان فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين أو إحدى الخانين لم يجبر الممتنع﴾ المراد بجمع نصيبه أنّه طلب أن يقسم بعضها في بعض والدار مؤنّث سماعي. ووجه عدم الإجبار أنّه معاوضة، لتعدّد المشترك. ولا فرق بين أن تكونا متجاورين أم لا. ولا أعلم في ذلك مخالفاً سوى القاضي فإنّه حكم كما نقل عنه في «المختلف[1]» بالإجبار في الدور إذا اعتدلت في بقاعها وأحوالها ورغبة الناس فيها.

وفيه: إنّها أملاك متعدّدة فكان لكلّ ملك حكم بانفراده، ولا اعتبار بالتساوي في الوصف، إذ الاختلاف فيه والرغبات قد تختلف فربّما يريد إنسان حصّته في كلّ موضع فإذا انتفى الضرر فيه وجب تسليمها إليه منفردة كما لو لم يكن شريكاً

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٦.

ولو كان بينهما قرحان متعدّدة وطلب واحد قسمتها بعضاً في بعض لم يُجبر الممتنع.

في غيره، فيقسم كلّ منفرداً من الآخر، فإن طلب قسمة أحدهما خاصّة أُجبر الآخر كما عرفت فيما سلف. ووافقنا على ذلك الشافعي[1]. وقال مالك[2]: إن كانت متجاورة قسم بعضها في بعض وإن كانت منفردة فكقولنا.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان بينهما قرحان متعدّدة وطلب أحدهما قسمتها بعضاً في بعض لم يُجبر الممتنع﴾ القرحان جمع كثرة، فإن كان بكسر القاف كان واحده قُراح بضم القاف كغُلام وغِلمان وغُراب وغِربان، فيكون مطّرداً كما أشار إليه ابن مالك[3] حيث قال: «وللفعال فعلان حصل» وإن كان بضم القاف كان مفرده أيضاً بضمّها لكنّه قليل غير مطّرد كزقاق وزقّان. وحكى سيبويه[4] عن بعضهم حوار وحوران، وقد أشار إلى ذلك ابن مالك[5] أيضاً بقوله:

وفعلاً اسماً وفعيلاً وفعل غير معلّ العين فعلان شمل

ولم يحضرني الآن كتاب لغة، لكنّه لا يعد وما ذكرنا.

وقد قال الفقهاء: إن القراح الأرض الخالية من البناء والماء والشجر[6] لكنّ الشيخ في «المبسوط» صرّح بأنّ القراح ما يكون فيه أشجار كما يأتي. ولعلّه في الأصل كما ذكروه وصار عرفاً لما ذُكر.

(١ و٢) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٤٩٨، والمجموع: ج ٢٠ ص ١٨٣.
(٣ و٥) السيوطي: ص ٢٢٢. (٤) كتاب سيبويه: ج ٣ ص ٦٠٣ ـ ٦٠٤.
(٦) كما في مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٤، وكشف اللثام: ج ١٠ ص ١٧٨، ومجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٠.

وعلى كلّ حال هذا الحكم ممّا لا خلاف فيه إلّا من القاضي كما يأتي سواء تجاورت أم لا أو كان الجنس واحداً مثل أن كان الكلّ نخلاً أو الكلّ كرماً أو أجناساً مختلفة كما صرّح به الشيخ في «المبسوط[١]» لكنّ الشرط في ذلك أن تكون متعدّدة متميّزة، والمرجع في ذلك إلى العرف أو إلى تعدّد الطرق بأن يكون لكلّ قراح طريق ينفرد به حتى إذا باع سهماً من قراح لم تجب الشفعة فيه بالقراح المجاور له، كذا قال في «المبسوط» وبهذا تفارق القراح الواحد إذا كانت متجاورة، وكأنّهم لم ينبّهوا على ذلك لوضوحه.

وخالف القاضي[٢] فحكم بالإجبار فيها مع التجاور والتضرّر إذا قسم كلّ على حدته بأن تكون حصّة كلّ منهما في بعضها أو في كلّها ممّا لا يكاد ينتفع به. والجواب ما ذكرناه في المسألة الاُولى، على أنّه يمكن حمل التجاور على ما إذا اتّحد الطريق أو صدق الاتّحاد عرفاً وكلامه الآخر ذو وجهين أحدهما صحيح والآخر فاسد فتأمّل جيّداً.

وقال الشافعي ومحمّد[٣]: إن كان الجنس واحداً قسم بعضه في بعض ووافقنا في غير الجنس وقال مالك[٤] إن كانت متجاورة قُسم كالقاضي.

ومثل الأقرحة الحبوب كالحنطة والشعير ونحوها. ويأتي الكلام في الدكاكين. وحينئذٍ فلو طلب أحدهما قسمة كلّ واحد من الأقرحة أو واحد منها على حدته اُجبر الآخر لعدم الردّ والضرر كما هو المفروض.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٥.
(٢) المهذّب: ج ٢ ص ٥٧٤.
(٣) راجع المجموع: ج ٢٠ ص ١٧٤، والحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٦٥.
(٤) راجع الحاوي الكبير: ج ١٦ ص ٢٦٥.

ولو طلب قسمة كلّ واحد على حدته أُجبر الآخر. ويقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار المتسعة.

ولا يُقسم الدكاكين المتجاورة بعضاً في بعض قسمة إجبار، لتعدّدها، ويقصد كلّ واحد بالسكنى منفرداً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويقسم القراح الواحد﴾ قد علمت فيما تقدّم: أنّ الأصل في الملك هو الأرض وهي واحدة والأشجار والأبنية توابع، فكما تقسم الدار المتسعة وإن اختلفت بيوتها يقسم القراح الواحد وإن اختلفت أشجار أقطاعه. ولم أجد في هذا مخالفاً أصلاً. وقد علمت أنّه يفارق الأقرحة إذا كانت متجاورة ولكلّ قراح طريق ينفرد به لأنّها أملاك متميّزة، وليس كذلك إذا كان القراح واحداً وله طريق واحد. والحاصل: أنّ المدار على الشفعة، فكلّ ما بيع بعضه فوجب فيه الشفعة فهو الملك المجتمع، وكلّما بيع بعضه لم تجب فيه الشفعة لمجاورة كان أملاكاً متفرّقة. هذا خلاصة ما اعتمد عليه في «المبسوط [1]» فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولا تقسم الدكاكين المتجاورة بعضها في بعض قسمة إجبار﴾ كما في «المبسوط [2] والشرائع [3] والتحرير [4] والدروس [5] والمسالك [6] والمفاتيح [7]» وظاهر «الكفاية [8]» وهو المشهور كما في «المسالك والكفاية والمفاتيح».

وخالف في «الإرشاد [9] والمجمع [10]» فاختار الإجبار. ويجيء ذلك على

(١ و٢) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٤ و١٤٥.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٥.
(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٢.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.
(٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٤.
(٧) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٨٧.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٥.
(٩) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢١.

ولو اشترك الزرع والأرض فطلب قسمة الأرض خاصّة أُجبر الممتنع، لأنّ الزرع كالمتاع.

ولو طلب قسمة الزرع أُجبر على رأي، أمّا لو كان بذراً لم يظهر فإنّ قسمته لا تصحّ،

مذهب القاضي بطريق أولى بل يجيء ذلك على مذهب الشيخ حيث جعل المدار في الاتّحاد والتعدّد على الشفعة إن قلنا بثبوت الشفعة فيها كما يأتي الكلام في ذلك[1]. وهو مذهب جماعة من العامّة. وفرّق بعضهم بين الدكاكين مجتمعة ومتفرّقة فجوّز قسمة المجتمعة دون الأُخرى.

حجّة المشهور ما أشار إليه المصنّف من تعدّدها عرفاً وحسّاً ومن قصد كلّ واحد بالسكنى منفرداً، بخلاف بيوت دار واحدة، فهو الفارق فكانت كالأقرحة المتعدّدة. ولم يحتجّ في «الإرشاد والمجمع» بشيء، ولعلّ الحجّة لهما لذلك أنّ البناء تابع للأرض وهي هنا واحدة، والدكاكين كبيوت الدار، فتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿فطلب قسمة الأرض خاصّة أُجبر الممتنع﴾ لما أشار إليه المصنّف من أنّ الزرع كالمتاع الموضوع فيها فليس جزأً منها ولا تابعاً كالنماء والشجر مع فرض انتفاء الردّ والضرر.

قوله: ﴿ولو طلب قسمة الزرع أُجبر على رأي﴾ كما في «الشرائع[2] والتحرير[3] والمختلف[4] والإرشاد[5] والإيضاح[6] والدروس[7]

---

(١) يأتي في ص ٥٣٣.

(٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٤.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢١.

(٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٤.

(٥) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.

(٦) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٦.

(٧) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.

والمسالك[1] والكفاية[2]».

وخالف الشيخ في «المبسوط[3]» قال: لأنّ تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. وقال في صلح «المبسوط[4]»: قطع نصفه لا يمكن، فإنّ لكلّ واحد منهما حقّاً في كلّ طاقة منه. فكلامه في الموضعين مشعر بعدم صحّة القسمة وعدم إمكان التعديل. قالوا[5]: فيه إشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة بأن يكون بذراً مستوراً سواء كان سُنبلاً أم حشيشاً أم قصيلاً.

قلت: في كلام تلميذه ابن البرّاج على ما نقل عنه في «المختلف» ما يشعر بأنّ الشيخ راعى الاحتياط التامّ وجرى في ذلك على الغالب. قال القاضي: إذا كان القصيل بين قوم وأرادوا قسمته لم يصحّ ذلك إلّا ببيعه وقسمة ثمنه بينهم، أو بأن يقطع من الأرض ويقسمونه كما يقسم مثله أو يكون ممّا يمكن قسمته بالعدل[6]. وفي هذا إشعار بأنّ القسمة بالعدل أمر نادر. لكن عبارة الشيخ في المقام لا تخلو من نوع اضطراب، لأنّه قال فيما نحن فيه: ولو طلب قسمة الزرع وحده لم يجبر الآخر، لأنّ تعديل الزرع بالسهام لا يمكن. وقال أيضاً: فإن كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمة، فإمّا أن يطلب قسمة الأرض أو الزرع أو قسمتهما معاً، فإن طلب قسمة الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها على أيّ صفة كان الزرع حبّاً أو قصيلاً أو سنبلاً قد اشتدّ، لأنّ الزرع في الأرض كالمتاع في الدار لايمنع القسمة فالزرع مثله. وأمّا إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون بذراً أو حبّاً مستتراً أو قصيلاً، فإن كان حبّاً مدفونا

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٢.
(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٨.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٤١.
(٤) المبسوط: ج ٢ ص ٣٠٧.
(٥) كما في شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٥، ومسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٣.
(٦) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٤.

لم تجز القسمة، لأنّا إن قلنا: القسمة إفراز حقّ فهو قسمة مجهول أو معدوم فلا تصحّ، وإن قلنا بيع لم يجبر لمثل هذا، وإن كان الزرع قد اشتدّ سنبله وقوي حبّه فالحكم فيه كما لو كان بذراً وقد ذكرناه، وإن كان قصيلاً أجبرنا الممتنع عليها، لأنّ القصيل فيها كالشجر فيها، ولو كان فيها شجر قسمت بشجرها كذلك هنا[1].

ووجه الاضطراب من وجهين: الأوّل: إنّه ذكر البذر أوّلاً قسيماً للحبّ المستتر وثانياً قاس عليه السنبل، فلعلّه أراد بالبذر أوّلاً ما كان في السنبل وثانياً الحبّ المستتر، فتأمّل. والوجه الثاني: إنّه أطلق أوّلاً كون الزرع كمتاع البيت وذكر ثانياً أنّ القصيل كالشجر، فتأمّل.

والجواب سهل. وعلى كلّ حال فما نقله عنه المصنّف في «المختلف» من أنّه جوّز الإجبار على قسمة القصيل وحده دون السنبل والبذر، وما نقل عنه المحقّق، وأشار إليه المصنّف هنا بقوله: «وتصحّ لو كان سنبلاً على رأي» من أنّه منع من قسمة السنبل إجباراً دون غيره، لم يصادف شيء منهما محلّه، لأنّك قد علمت أنّه إنّما فرق بينه وبين غيره فيما إذا طلب قسمة الأرض والزرع معاً حيث قال: وإن طلب قسمتها مع زرعها ... إلخ. ولعلّهم ظفروا بذلك من مكان آخر. ونسخ «المبسوط» في المقام مختلفة لأن كانت عبارته هذه كما علمت مضطربة في الجملة، فتأمّل.

فإن قلت: ما وجه فرق الشيخ بين القصيل والسنبل الّذي قوي حبّه؟

قلت: وجه الفرق ظاهر، لأنّ السنبل كذلك صار بمنزلة المتاع المنفصل الموضوع في البيت فلا يتبع الأرض ولا يُجبر على قسمته إلّا كيلاً أو وزناً، والقصيل تابع للأرض كالشجر فيُجبر على قسمته بتبعيّته للأرض لا إذا طولب

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤١.

وتصحّ لو كان سنبلاً على رأي.

بقسمته على حدة كما يأتي من المصنّف في الشجر، فلذا نفى الشيخ الإجبار في الزرع منفرداً. وهذا وجه حسن في توجيه كلام الشيخ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وتصحّ لو كان سنبلاً على رأي﴾ قد علمت أنّه يشير بذلك إلى خلاف الشيخ وأنّ ذلك لم يصادف محلّه على الظاهر.

وترك المصنّف هنا فرعاً ذكره في «التحرير والإرشاد» وهو أنّه لو أراد قسمتهما معاً بعضاً في بعض نصّ في «التحرير[1] والإرشاد[2] والمجمع[3] والدروس[4]» على عدم الإجبار، لأنّ الزرع كالمتاع ليس من أجزاء الأرض، ولذا لا يثبت فيه الشفعة وإن بيع مع الأرض كما نصّ عليه المصنّف في «التذكرة[5]» في كتاب الشفعة واعترف به الشيخ في شفعة «المبسوط[6]».

وقال في «المسالك[7]» وصاحب «الكفاية[8]» ولو أراد قسمتهما معاً فالحكم كما لو أراد قسمة أحدهما عندنا. والظاهر أنّ مرادهما ليس بعضاً في بعض وإلّا فقد علمت أنّ المصنّف والشهيد والأردبيلي يخالفانهما على ذلك، فإذا حملت على ما عدا القسمة بعضاً في بعض كان الشيخ مخالفاً كما علمت أيضاً، فلعلّهما لم يعتدّا بخلافه، إلّا أنّهما يقدحان في الإجماع بالمخالف الواحد. ثمّ إنّ ظاهر عبارتهما أنّ الشيخ أيضاً موافق، لأنّهما ذكرا ذلك بعد نقل الخلاف عن الشيخ في قسمة الزرع وحده، فكأنّهما لم يلحظا عبارة «المبسوط» بتمامها.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢١.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٣) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٠.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٨.
(٥) تذكرة الفقهاء: ج ١٢ ص ١٩٧.
(٦) المبسوط: ج ٣ ص ١٠٧.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٣.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٨.

ولو كان فيها غرس وطلب أحدهما قسمة أحدهما ـ أعني الأرض أو الشجر خاصّة ـ لم يُجبر الآخر. ولو طلب قسمتهما معاً بعضاً في بعض أُجبر الآخر مع إمكان التعديل لا مع الردّ.

هذا والعامّة لمّا جعلوا القسمة بيعاً شرطوا في جواز قسمتهما معاً أن لا يكون قد اشتدّ الحبّ، لأنّه لا يجوز عندهم بيع المطعوم مع غيره بمطعوم مع غيره وهو الأرض.

قوله: ﴿لم يُجبر الآخر﴾ الوجه في ذلك اتّحاد الشجر مع الأرض، ولذا ثبتت الشفعة فيه إذا بيع مع الأرض كما نصّ عليه في شفعة «التذكرة[1]» وغيرها. قال في «التحرير[2]»: وكذا الأرض ذات الشجر إذا اقتسما الشجر دون الأرض أو بالعكس لم تكن قسمة إجبار. ولو اقتسماها بشجرها كانت قسمة إجبار، لأنّ الشجر يدخل في الأرض فيصير الجميع كالشيء الواحد، ولهذا وجبت الشفعة فيه إذا بيع مع الأرض.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو طلب قسمتهما معاً بعضاً في بعض أُجبر الآخر مع إمكان التعديل لا مع الردّ﴾ يريد أنّه لو طلب أحد الشريكين قسمة الأرض والغرس بأن يكون لأحدهما الأرض وللآخر الغرس أُجبر الآخر مع التعديل وعدم الضرر.

قلت: ومثل الشجر الحيطان. وهذا الحكم مشكل لأنّه قال في «التذكرة[3]»: الأعيان الّتي كانت منقولة في الأصل ثمّ أُثبتت في الأرض للدوام كالحيطان والأشجار وإن بيعت منفردة لاشفعة فيها على المختار، لأنّها في حكم المنقولات

(١ و٣) تذكرة الفقهاء: ج ١٢ ص ١٩٧ و١٩٦.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٢.

وكانت في الأصل منقولة وستنتهي إليه وإن طال أمدها، وليس معها ما يجعل تابعة له. يريد أنّ الأرض حينئذٍ تابعة لا متبوعة، وحاصله أنّها كمتاع البيت حينئذٍ.

وقال في موضع آخر منها: أمّا إذا بيعت الأشجار ومغارسها لا غير ـ أي من دون أرض ـ فوجهان في الشفعة للشافعيّة. وكذا لو باع الجدار مع الأُسّ: أحدهما: أنّه تثبت الشفعة، لأنّها أصل ثابت، وأشبههما المنع، لأنّ الأرض تابعة لا متبوعة والمتبوع منقول. وعندنا إن قبل القسمة تثبت الشفعة وإلّا فلا[1]. ومعنى قوله هذا إنّ الجدار والأشجار إن قبلا القسمة عن الأرض كأن يكونا حصّة والأرض حصّة أُخرى تثبت الشفعة وإلّا فلا. وقد علمت أنّه اختار سابقاً عدم ثبوت الشفعة فيهما إذا بيعا منفردين، فعلم أنّهما غير قابلين للقسمة بعضاً في بعض، فليتأمّل جيّداً فإنّه فرع لم أجد أحداً تعرّض له ولم يتكلّم عليه أحد من الشارحين والمحشّين إلّا أن تقول: لمّا ذكروا أنّه لو طلب أحدهما قسمة أحدهما خاصّة لم يُجبر، أغناهم عن التعرّض لهذا الفرع لأنّه فرع عليه قطعاً. وهذا الفرع كثير الوقوع ولا سيّما في بلاد الشامات، الأرض لشخص والشجر لآخر، وليس في استمرار ذلك دلالة على الجواز، لأنّه قد يكون عن تراضٍ والكلام في الإجبار.

ويرجع حاصل البحث في المسألة إلى أنّ الأشجار والحيطان هل هي كالزرع والدولاب الغراف والناعورة ومتاع الدار الّذي لم تجر العادة بنقله أم لا؟ احتمالان: من أنّهما إذا بيعا مع الأرض ثبتت الشفعة فيهما تبعاً للأرض، ولا كذلك الزرع والدولاب والناعورة إذا بيعت مع الأرض، أمّا الزرع فما خالف فيه إلّا الشيخ، وأمّا الناعورة والدولاب فلم يجزموا فيهما بنفي ولا إثبات بخلاف الأشجار والأبنية فإنّه لم يتردّد في ذلك أحد من أصحابنا بل جزموا جميعاً على

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٢ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠.

ولو كانت الأرض عشرة أجربة قيمة جريب منها يساوي تسعة، فإن أمكن قسمة الجميع بينهما بأن يكون لأحدهما نصف الجريب ونصف التسعة وللآخر مثله وجب، وإن تعذّر جعل الجريب قسماً والتسعة قسماً وأُجبر الممتنع عليها.

الظاهر بثبوت الشفعة فيهما إذا بيعا مع الأرض كما عرفت، ومن أنّهما منقولان ولم تثبت فيهما الشفعة إذا بيعا منفردين قولاً واحداً على الظاهر، فكانا كالمتاع والزرع فلا يصحّ قسمتهما مع الأرض بعضاً في بعض بالإجبار. والأقوى بحسب القواعد والأُصول الثاني، فليتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت الأرض عشرة أجربة ... إلخ﴾ بيانه أنّه لو كانت الأرض عشرة أجربة وقيمة جريب واحد منها تساوي قيمة تسعة أجربة، فإن أمكن قسمة الجميع بينهما على أن يتساويا في الحصّة مساحة وقيمة بأن يكون لأحدهما نصف ذلك الجريب ونصف التسعة الباقية وللآخر مثله بأن يكون الجريب في الوسط بحيث لا يلزم تفريق السهام وجب، وإن تعذّر التعديل كذلك بأن يكون في الطرف أو ذا بناء أو شجر أو نحو ذلك عدّلت بالقيمة بأن يجعل الجريب قسماً والتسعة قسماً وأُجبر الممتنع عليها، إذ لا ضرر بتفريق السهام ولا غيره. ومثلها ما لو كانت الأرض ثلاثين جريباً قيمة عشرة كقيمة عشرين.

وكذا لو كان بينهما أرض قيمتها مائة في أحد نصفيها بئر قيمتها مائة وفي النصف الآخر شجرة قيمتها مائة عدّلت بالقيمة وجعلت البئر مع أحد النصيبين والشجرة مع النصف الآخر. ولو كانوا ثلاثة أخذ أحدهم الأرض والآخر البئر والآخر الشجرة. ولو كانت قيمة الأرض أكثر من مائة بحيث يأخذ بعض الشركاء

ولو كان الحمّام كبيراً يبقى منفعته بعد القسمة إذا جدّد موقد (مستوقد خ) وبئر صحّت.

سهمه منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة ينتفع به وجبت القسمة، كأن يكون قيمة الأرض مائتين وخمسين فيبلغ الجميع أربعمائة وخمسين، فيجعل كلّ مائة وخمسين نصيباً، فتضمّ إلى البئر خمسين وإلى الشجرة خمسين ويتقارعون.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان الحمّام كبيراً تبقى منفعته ... إلخ﴾ هذا منه بناء على أنّ المنقسم هو الّذي يتجزّأ ويكون كلّ واحد من جزأيه منتفعاً به من الوجه الّذي كان ينتفع به قبل القسمة دون غيره. ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجوه اُخر، للتفاوت العظيم بين أجناس المنافع، أو على أنّ المنقسم ما لا تنقص قيمته نقصاناً فاحشاً. فلو كان الحمّام أو الطاحونة كبيرين كما إذا كان الحمّام كثير البيوت يمكن جعله حمّامين أو متّسع البيوت يمكن جعل كلّ بيت بيتين وكانت البئر واسعة يمكن أن يجعل بئرين لكلّ واحد بياض يقف فيه المستقي ويلقي فيه ما يخرج منها، وكانت الرحى ذات أربعة أشجار ودائرة يمكن أن ينفرد كلّ منهما عن صاحبه بحجرين وكان الطريق واسعاً صحّت القسمة واُجبر عليها، لأنّ الاحتياج إلى الإحداث مع إمكانه لا ينقص من قيمة النصيب شيئاً ولا يمنع من الانتفاع به وإن تأخّر زماناً.

قلت: يحتمل على هذا عدم الصحّة والإجبار لتعطّل الانتفاع فيما كان ينتفع به ونقصان القيمة هذا الزمن الّذي ربّما كان طويلاً جدّاً. وأمّا على مذهب الشيخ من أنّ المنقسم ما لا يبطل الانتفاع به أصلاً فلا يشترط شيء من ذلك.

وفي عبارة المصنّف نوع حزازة لا تخفى على من أعطاها حقّ النظر، فتأمّل.

الفصل الخامس: في الأحكام

القسمة لازمة ليس لأحد المتقاسمين فسخها إلّا مع الاتّفاق عليه.

الفصل الخامس: في الأحكام

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿القسمة لازمة﴾ هذا ممّا لا يختلف اثنان من أصحابنا، وإنّما الكلام فيما تكون به لازمة، فالشهيدان في «الروضة[1] واللمعة» أنّها تلزم بنفس الإفراز مع التراضي قسمة ردّ أو غيرها وأنّ القرعة لايحتاج إليها إلّا عند التعاسر والنزاع. وتبعهما على ذلك الخراساني[2] في غير قسمة الردّ وادّعى أنّه ظاهر الأكثر. وفيه ما سلف، وقد تقدّم نقل أقوال الأصحاب وأنّهم قد اتّفقوا على أنّ القاسم إذا كان منصوباً لزمت بالقرعة في غير قسمة الردّ، وإن لم يكن منصوباً فهناك قولان: الاكتفاء بالقرعة ولا يحتاج إلى التراضي بعدها، والآخر لابدّ منه بعدها. وفي قسمة الردّ أقوال: الاكتفاء بالقرعة مطلقاً، والآخر لابدّ من التراضي بعدها مطلقاً، والثالث إن كان القاسم القارع منصوباً يكتفى بها وحدها وإلّا فلا، وهو المختار. وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً في الفصل الرابع والثاني فتذكّر.

قوله: ﴿وليس لأحد المتقاسمين فسخها إلّا مع الاتّفاق عليه﴾ في هذه العبارة مناقشتان: معنوية ولفظية. أمّا الأُولى: فالحكم بفسخها بمجرّد الاتّفاق مبنيّ على أنّها بيع مطلقاً أو مع تضمّن الردّ، وحينئذٍ يمكن أن يكون الفسخ رادّاً لها بمجرّده، وإن قلنا: إنّها إفراز فمشكل من حيث تمييز الحقوق وتعيينها.

---

(١) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٧.

(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٧.

ولو ادّعى أحد المتقاسمين الغلط عليه وأنّه أُعطى دون حقّه لم يتوجّه له الدعوى على قسّام القاضي بغير الأُجرة ولا له عليه يمين.

الثانية: إنّ التفاسخ حينئذٍ يقتضي الشركة فيجري مجرى ابتدائها من المزج والاشتراك وعدم التخصيص، ويبعد أن يعبّر عن ذلك بالتفاسخ، فليتأمّل جيّداً.

ثمّ إنّه على مختار الأصحاب ـ رضي الله تعالى عنهم ـ من أنّها ليست بيعاً مطلقاً يرجع إلى بيان الواضحات وهو أنّه تجوز الشركة. والأمر في ذلك كلّه هيّن والجواب عنه ممكن، ولذا لم يتعرّضوا للكلام في المقام.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لم تتوجّه له الدعوى على قسّام القاضي بغير الأُجرة ولا له عليه يمين﴾ يريد أنّ القاسم إذا كان منصوب الإمام من دون أُجرة لا تتوجّه عليه دعوى ولا يمين، لأنّه وكيل الحاكم وقسمته كحكمه، كما أنّه لا تتوجّه على القاضي أو الشاهد دعوى بظلم ولا يمين. وقد دلّ بمفهوم الوصف على أنّ قسّام القاضي إذا كان بأُجرة كما إذا ضاق بيت المال أو كان قسّام غيره بأُجرة وبدونها كما إذا كان وكيلاً أنّه تتوجّه عليه الدعوى واليمين. وهذا شيء لم أره لأحد من أصحابنا، لأنّه تكون دعواه الغلط على قاسم القاضي بالأُجرة كدعواه على القاضي أنّه غلط في الحكم، وفي الفرق تأمّل.

نعم قال هو في «التحرير[1]»: وعلى كلّ تقدير فليس له إحلاف قاسم القاضي على عدم الغلط، ولم يقيّده بغير ذي الأُجرة، وظاهره أنّ غيره تتوجّهان عليه. وفي «الدروس[2]» ما يشير إلى ذلك، حيث قال: ولا يحلف قاسم القاضي. ويحتمل إرجاع عبارته هنا إلى ما في «التحرير» بأن يكون المراد إذا كان القسّام بالأُجرة

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٦.

(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

فيحتمل أن لا يكون أمين الحاكم فيكون في محلّ التهمة فتتوجّهان عليه. وهذا له وجه كما لو ادّعى على الشاهد أنّه شهد بالزور، فإنّ المصنّف قوّى في الفصل السادس في الإعداء توجيه اليمين عليه، لكن هنا يحلف على عدم العلم بالغلط اللّهمّ إلّا أن يكون قاطعاً بعدم الغلط فيحلف على البتّ. وإنّما توجّهت عليه، لأنّه إذا أقرّ نقضت القسمة.

وهل تقبل شهادة القاسم إذا كان بغير أُجرة؟ الظاهر القبول لعدم التهمة، وعدم القبول مع الأُجرة لاحتمال التهمة.

هذا وقد حكم في «المسالك[1] والكفاية[2]» أنّها لا تسمع دعواه بمجرّدها سواء كان القاسم منصوباً من الحاكم أو من تراضيا عليه أو أنفسهما. واستندا إلى أنّ الأصل صحّة القسمة إلى أن يثبت المزيل، ولأنّ منصوب الإمام والقاضي لا تُسمع الدعوى عليه في الظلم إلّا أن يقيم بيّنة. وأنت تعلم أنّ الأخبار والقواعد تقضي بالسماع خرج منصوب الحاكم بالإجماع إن كان (وبقي الباقي خ) ثمّ القياس على دعوى الظلم على القاضي قياس مع الفارق، لأنّه ما ادّعى عليه أنّه ظالم وإنّما ادّعى عليه أنّه غالط، وهذا لا شين فيه على القاسم، بل لعلّنا نقول: لو ادّعى على القاضي الغلط في الحكم أنها تسمع، إذ الدليل الدالّ على عدم السماع لعلّه لا يشمل هذه الصورة، ولهذا قال جماعة بسماع الدعوى عليه بعد العزل[3]. وأصل الصحّة لا يمنع سماع الدعوى وإلّا لما سُمعت دعوى. فالظاهر أنّهما لو اقتسما بقاسم بأُجرة غير منصوب أنّها تُسمع الدعوى عليه من دون إشكال. ولعلّنا نقول كذلك في القاسم الغير المنصوب مع عدم الأُجرة. وأمّا قاسم القاضي مطلقاً فالظاهر عدم

---

(١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٥. (٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٩.

(٣) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ١٣ ص ٣٩٣، والفخر في الإيضاح: ج ٤ ص ٣٢٢، والفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٨٣.

السماع عليه موافقة لظاهر الأصحاب وقبول شهادته في عدم الغلط بل قبول شهادة القاسم بدون أُجرة وإن كان غير منصوب كما نقله في «الدروس[١]» فتأمّل.

وعبارة «الشرائع[٢]» في المقام لا تخلو عن حزازة ظاهرة، لأنّه قال: إذا ادّعى بعد القسمة الغلط عليه لا تسمع دعواه، فإن أقام بيّنة سُمعت ولو عدمها والتمس اليمين كان له إن ادّعى على شريكه العلم، انتهى. و أنت خبير بأنّ ضمير «عليه» إن كان راجعاً إلى القاسم كما هو الظاهر من المسالك نافاه قوله «والتمس اليمين كان له إن ادّعى على شريكه العلم» إذ المقطوع به أنّ مراده توجيه اليمين على الشريك لا على القاسم كما صرّح هو به، وذلك دليل على أنّ الضمير إمّا راجع إلى المدّعي فيكون صلة الغلط أو إلى الشريك فيكون صلة ادّعى، على أنّا لو سلّمنا أنّ الضمير راجع إلى القاسم توجّه عليه ما وجّهناه على المسالك والكفاية، إلّا أن يدّعى إرادة خصوص قاسم الحاكم، فتأمّل. ثمّ إن قلنا إنّ الضمير راجع إلى المدّعي أو الشريك كما هو ظاهر آخر العبارة توجّه عليه أنّه كيف لا تتوجّه الدعوى على الشريك إلّا مع قيام البيّنة؟ قيل مع أنّها كسائر الدعاوي ولا سيّما إذا كان القاسم غير منصوب، سلّمنا ولكن إذا لم تتوجّه عليه دعوى كيف يحلفه؟ وما ذاك إلّا بحضور القاضي ولقد تنحّى عن هذه الوصمات الشهيد في «الدروس واللمعة» والمصنّف هنا وفي «الإرشاد والتحرير» حيث لم يتأمّلا في سماع الدعوى على الشريك. فالمصنّف في «التحرير» نفى توجّه الدعوى على قاسم القاضي وجوّزها على الشريك. ومثله في «الإرشاد» وهنا غيّر عبارة «الشرائع» بما ترتفع عنه الحزازة، وفي «الدروس» ولو ادّعى الشريك الغلط في القسمة ولا بيّنة حلف الآخر، ومثله في «اللمعة» فتأمّل.

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.   (٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٥.

بل إن أقام بيّنة نقضت القسمة، وإن فقدها كان له إحلاف شريكه، فإن حلف برئ، وإن نكل أحلف هو ونُقضت.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿بل إن أقام بيّنة نقضت القسمة ... إلخ﴾ يريد أنّه إذا أقامها على قاسم الحاكم كأن يقول أوّلاً: عندي بيّنة على أنّ القاسم غلط، سُمعت ونُقضت، كما لو قال بادئ بدء: عندي بيّنة على ظلم القاضي أو سهوه أو كذب الشهود. أمّا لو قال: إنّ القاسم غلط أو القاضي ظلم أو سها من غير أن يذكر البيّنة فإنّها لا تُسمع، لأنّه قد لا يكون عنده بيّنة فلا تتوجّه اليمين على القاسم المنصوب أو القاضي، فلا تكون محرّرة، لأنّه لو أجابه بقوله: ما غلطت ولاظلمت، سُمع من غير يمين.

وإذا سُمعت البيّنة على القاسم فبالأولى أن تسمع على الشريك، بل تسمع عليه وإن لم يذكر البيّنة، لأنّه له إحلافه إن ادّعى علمه أو مطلقاً كما هو ظاهر المصنّف حيث قال: «كان له إحلاف شريكه» من دون تقييد بدعوى العلم كما في «التحرير[١] والإرشاد[٢] والإيضاح[٣] وكنز الفوائد[٤]» للعميدي و«الدروس[٥] واللمعة[٦] والمسالك[٧] والمجمع[٨]». وقال في «الشرائع[٩]»: كان له إن ادّعى على شريكه العلم بالغلط، ولم أجد أحداً وافقه على ذلك إلّا ما لعلّه يفهم من عبارة «المبسوط[١٠] والمجمع[١١]» فقوله في «الكفاية[١٢]»: ولو ادّعى عليه العلم مُكّن منه على الأشهر،

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٦.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٧.
(٤) كنزالفوائد: ج ٣ ص ٥١٦.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.
(٦) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩.
(٧) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٥.
(٨) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٣.
(٩) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٥.
(١٠) المبسوط: ج ٨ ص ١٤١.
(١١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٣.
(١٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧١٩.

وإلّا ففيه قولان، لم يصادف محزّه، وكأنّه لم يلحظ إلّا الشرائع والمسالك. والحقّ أنّ له إحلافه مطلقاً عملاً بعموم النصّ والفتاوى. والاستناد إلى الأصل كما ذكره في «المسالك» في حجّة المحقّق أضعف شيء.

فقد تحصّل: أنّ الإحلاف في الجملة لا مخالف فيه فيما نجد، إلّا ما لعلّه يلوح من عبارة أبي علي، قال كما نقل عنه في «المختلف[1]» ولو ادّعى أحد الشركاء غلطاً لم تنقض القسمة حتّى يقيم المدّعي البيّنة بالغلط. وهذه العبارة ليست ظاهرة في الخلاف، لأنّه جرى على الغالب كما يقع مثل ذلك للفقهاء كثيراً، يقولون: هذا لا يثبت إلّا بشاهدين في مقام يكون من المعلوم أنّهم ممّا يثبتونه بالنكول مع الردّ والحلف، فعلى هذا لا يجب على الكاتب أن يقول: حتّى يقيم المدّعي البيّنة أو ينكل الشريك ويردّ اليمين على المدّعي فيحلف، لأنّه ممّن يذهب إلى عدم القضاء بالنكول كما نقلناه عنه في محلّه[2]. فنسبة الخلاف إليه كما في «المسالك والكفاية» تبعاً لظاهر «الإيضاح» لعلّها لم يصادف محلّها. وممّا يؤيّد ذلك أنّ المصنّف استجوده في «المختلف» في مقام الردّ على الشيخ كما يأتي مع أنّه ممّن يذهب إلى ثبوت النقض بالحلف.

وقد ترك المصنّف هنا فرعاً ذكره في «التحرير[3]» وهو ما إذا كثر الشركاء فحلف بعض ونكل بعض فحلف مدّعي الغلط، وقد حكم في «التحرير» بنقض القسمة في حقّ الناكلين دون الحالفين واستوجهه في «المسالك[4]» ولعلّه مبنيّ على أنّ النكول وحلف المدّعي بمنزلة إقرار الناكل فلا يثبت في حقّ الحالف، وإن قلنا: إنّ ذلك بمنزلة البيّنة نقضت في حقّ الجميع كما نقل ذلك عن الشهيد في بعض

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٥.
(٢) تقدّم نقله في ص ٢١٨.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٦.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٦.

هذا في قسمة الإجبار، أمّا قسمة التراضي فالأقرب أنّه كذلك.

فوائده، لكنّه استند إلى أنّها قسمة واحدة فلا تبعّض، ومن قال إنّ ذلك حكم على حدة وافق «التحرير».

هذا، وليعلم أنّه لا يشترط في البيّنة حضورها عند القسمة والمسح والذرع، بل يصحّ أن يحضر حين الدعوى قاسمين حاذقين لينظرا ويمسحا ويعرفا الحال ويشهدا. ولا مانع من أن يكون القاسم الأوّل أحدهما إن لم يكن هناك تهمة، كما مرّ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿هذا في قسمة الإجبار، وأمّا قسمة التراضي فالأقرب أنّه كذلك﴾ هذا يحتمل ثلاثة وجوه متلازمة.

الأوّل: أن يكون إشارة إلى جميع ما ذكر من نقض القسمة وسماع الدعوى على الغريم.

الثاني: أن يكون إشارة إلى النقض مع قيام البيّنة، ومعناه أنّهما وإن تراضيا في قسمة التراضي على ذلك القدر فلا مانع من النقض كما قد يظنّ من بعض العامّة [1]، لأنّهما إنّما تراضيا على تقدير عدم الغلط.

الثالث: إشارة إلى سماع الدعوى على الشريك ويكون النظر مسدّداً (ممدّداً ظ) إلى الشيخ، لأنّه منع من سماع دعواه فيها مطلقاً، قال: لم يخلُ من أحد أمرين: إمّا أن يقتسما بأنفسهما، أو يقسم بينهما قاسم الحاكم، فإن اقتسما بأنفسهما لا يلتفت إلى قول المدّعي، لأنّه إن كان مبطلاً سقط قوله، وإن كان محقّاً فقد رضي بترك هذه الفضيلة فلا معنى لرجوعه فيها، وإن كان القاسم بينهما قاسم الحاكم، فمن قال: يلزم بالقرعة قال الحكم فيها كقسمة الإجبار وقد مضى يعني لم تقبل

---

(١) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ ص ٥١٢.

ولو ظهر استحقاق بعض المقسوم، فإن كان معيّناً وكان كلّه أو أكثره في نصيب أحدهما بطلت القسمة،

دعواه، ومن قال: لا يلزم إلّا بتراضيهما بعد القرعة فالحكم كما لو تراضيا من غير حاكم[1] انتهى. وقد وجّهوا المنع على قوله: «وإن كان محقّاً فقد رضي بترك هذه الفضيلة» قالوا: لجواز السهو والخطأ والجهل بالقيمة.

قلت: ظاهر التسليم لو انتفت هذه الأشياء كأن يكون عالماً لا ساهياً ولامخطأً، وقد يدّعى أنّ ذلك قد يظهر من عبارة الشيخ لمن تدبّر فيها، سلّمنا أنّها لا يدلّ على ذلك ولكن ما يقولون لو نزّلناها على وجه صحيح لا تأباه إن لم تكن ظاهرة فيه وقلنا: إنّ المراد وإن كان محقّاً عالماً وقت القسمة كأن يكون اعترف بذلك فقد رضي بترك هذه الفضيلة، فليتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿بطلت القسمة﴾ هذا ممّا لا أجد فيه مخالفاً لبطلان التعويل، لأنّ ما يبقى لكلّ واحد لا يكون قدر حقّه بل يحتاج إلى الآخر وتعود الإشاعة. وربّما قيل[2] باحتمال الصحّة فيردّ على الآخر من عنده الزيادة إن أمكن، ولا يتخيّر من ظهر الاستحقاق في يده بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقّه على الظاهر.

قوله: ﴿وإن كان في نصيبهما بالسويّة لم تُنقض﴾ لم يعرف الخلاف إلّا من بعض العامّة[3] لتبعّض الصفقة.

قلت: قد يوجّه بأنّ ما حصل لكلّ منهما قد علم أنّه كان على غير وجه شرعيّ، فتأمّل.

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٢.
(٢) كما في مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٤.
(٣) راجع المغني لابن قدامة: ج ١١ص ٥١٢.

وإن كان في نصيبهما بالسويّة لم يُنقض واُخرج من النصيبين سواء اتّحدت جهته أو تعدّدت ما لم يحدث نقص في حصّة أحدهما بأخذه ويظهر تفاوت، فإنّ القسمة حينئذٍ تبطل، مثل أن يسدّ طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه. وإن كان غير معيّن بل مشاعاً بينهما فالأقرب البطلان، وقيل: بالصحّة.

قوله: ﴿سواء اتّحدت جهته أو تعدّدت﴾ أي جهة الاستحقاق، وتعدّدها إما بتعدّد المستحقّ أو السبب أو كان سبب الامتزاج بالنصيبين بالغصب في بعض والاستعارة في الآخر.

قوله: ﴿وإن كان غير معيّن بل مشاعاً فالأقرب البطلان﴾ كما في «الشرائع [1] والتحرير [2] والإرشاد [3] والإيضاح [4] والمختلف [5] والدروس [6] واللمعة [7] والروضة [8] والمسالك [9] والمجمع [10] وغاية المرام [11]» وهو أحد قولي الشيخ في «المبسوط [12]» ونقله عن قوم، قال: لأنّ القسمة تمييز حقّ كلّ واحد منهما عن صاحبه، وقد بان أنّه على الإشاعة. ثمّ قال: والعلّة الجيّدة في ذلك أنّهما اقتسماها نصفين وثلثها لغائب، ومن قسم ما هو شركة بينه وبين غيره بغير حضوره كانت القسمة باطلة، وتفارق البيع لأنّ لكلّ واحد من الشريكين أن يبيع نصيبه بغير إذن شريكه. وقال الشيخ أيضاً في «المبسوط [13]»: وإن كان مشاعاً بطلت في قدر

---

(١) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٠٥.
(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٧.
(٣) إرشاد الأذهان: ج ١ ص ٤٣٤.
(٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٧.
(٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٣٥.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.
(٧) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٩.
(٨) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٢١.
(٩) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٥٧.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٠ ص ٢٢٤.
(١١) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٤٩.
(١٢ و١٣) المبسوط: ج ٨ ص ١٤٢.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما.

ولو ظهر استحقاق بعض معيّن في نصيب أحدهما واستحقاق بعض آخر لغير الأوّل في نصيب الآخر، فإن كان الباقي على تعديله صحّت القسمة وإلّا بطلت.

المستحقّ ولم تبطل فيما بقي. وهو الّذي أشار إليه المصنّف بقوله: «وقيل بالصحّة» أي فيما زاد على المستحقّ، لبقاء التعديل. بل قال الشيخ: إنّه مذهبنا، ولو لا أنّه قوّى الأوّل بما يدلّ على تردّده في هذا لأمكن فهم دعوى الإجماع من قوله: «مذهبنا» فتأمّل.

قوله: ﴿ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما﴾ يريد بما ذكرنا جميع ما ذكره في المسألة. ومثل ذلك صنع في «التحرير[1]». وفي النفس من ذلك شيء، وذلك لأنّ المستحقّ إذا كان معيّناً مع أحدهما وهما عالمان بذلك أو الّذي هو معه عالم فقط فإنّه حينئذٍ قد رضي بنقصان نصيبه مع القرعة فكيف نجزم بالبطلان حينئذٍ؟ وقد يجاب بأن يقال: إنّ القسمة مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لا تدلّ على انتقال نصيب أحدهما أيّ شيء منه إلى الآخر انتقالاً لازماً، بل غاية ما يلزم بالعلم هو رضا أحدهما بنقصان نصيبه مع سلامة المستحقّ له ولم يسلم له فتبطل. وهذا جيّد، فتأمّل. وقد ينزّل ذلك على حال الإشاعة فقط.

قوله: ﴿صحّت القسمة وإلّا بطلت﴾ وكذا الشأن لو كان نصيب بعض

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٧.

ولو قسّم الورثة التركة وظهر دين، فـإن أدّوه وإلّا بـطلت. ولو امتنع بعضهم من الأداء بيع نصيبه خاصّة وفي قدر ما يـصيبه مـن الدين. ولو اقتسموا البعض وكان في الباقي وفاء اُخرج منه الدين، فإن تلف قبل أدائه كان الدين في المقسوم يُنقض إن لم يؤدّ الورثة.

مشاعاً في نصيب الأوّل خاصّة كأن يكون له ثلث في الجانب الغـربي، والآخـر مشاعاً في نصيب الآخر كأن يكون له ثلث في الجانب الشـرقي، فـإنّ القسـمة الواقعة لم توجب إفراز نصيب أحد هذين الشريكين فتبطل كما لو لم يكن الباقي على تعديله فيما فرضه المصنّف ـ رحمه الله تعالى ـ.

قوله: ﴿فإن أدّوه وإلّا بطلت﴾ أي فإن أدّوا الديـن مـن مـالهم مـضت القسمة، وإلّا بطلت لتقدّم الدين على الإرث. ولم يفصّل المصنّف بين ما إذا كـان الدين الظاهر مستوعباً للتركة أم لا، لأنّه بناء على ما يذهب إليه من انتقال التركة مطلقاً إلى الورثة، ففيه إشعار بأنّ تصرّف الوارث في الميراث مع الدين المستوعب ماض ومتوقّف لزومه على الأداء، لا أنّه يبطل ولا يصحّ. فظاهر قوله فيما سلف من القضاء والمواريث والحجّ أنّه ليس للوارث التصرّف في شيء مـنها إلّا بـعد الأداء أو الإسقاط أو إذن الغرماء: أنّ التصرّف باطل غير صحيح، فتأمّل. ونـحن نقول على المختار من عدم انتقال التركة إلى الورثة مع الاستيعاب أنّها تبطل مطلقاً أدّوا الدين من مالهم أم لا، لأنّها قسمة في غير ملك. وليس هذا موافـقة لبـعض العامّة القائلين بالبطلان مطلقاً، لأنّهم بنوه على أصلهم وهو أنّ القسمة بـيع وبـيع التركة فاسد مع الدين لتعلّقه بها.

والمحقّق ـ رحمه الله تعالى ـ أتى بعين عبارة المصنّف مع أنّه يوافقنا عـلى عدم الانتقال إلى الورثة، فتحمل عبارته على ما إذا لم يكن مستوعباً، فتأمّل.

ولو ظهر عيب في نصيب أحدهما احتمل بطلان القسمة، لانتفاء التعديل الّذي هو شرط وصحّتها، فيتخيّر الشريك بين أخذ الأرش والفسخ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ظهر عيب في نصيب أحدهما احتمل بطلان القسمة﴾ كما اختاره في «الإيضاح[1]» وظاهر «الكنز[2]» لما ذكره المصنّف من انتفاء التعديل الّذي هو شرط صحّتها. والظاهر أنّ التعديل أعمّ فيشمل قسمة التعديل والتقويم وقسمة الإفراز، لإمكان ظهور العيب في المقسوم قسمة إفراز كالحبوب والأدهان ونحوها.

واعترضه الفاضل العميدي بأنّ التعديل إن كان شرطاً في الواقع منعناه، وإن كان في الظاهر فقد حصل ولأنّ الأصل صحّة القسمة. فأجابه خاله في «الإيضاح» بأنّه لو لم يكن التعديل في نفس الأمر شرطاً في اللزوم لما جاز الفسخ بظهور العيب، وأصالة صحّة القسمة ظهر بطلانها، لانتفاء الشرط.

واحتمل المصنّف صحّتها فيتخيّر الشريك بين أخذ الأرش والفسخ. وهو خيرة «التحرير[3] والتلخيص[4]» على ما نقل عنه، لما ذكرناه من الأصل واحتمال أن الشرط هو التعديل ظاهراً حين القسمة. وفهم الفاضل العميدي أنّ ذلك على سبيل الإجبار فاعترضه بأنّ إجبار الشريك على دفع الأرش على خلاف الأصل، فأجابه خاله في «الإيضاح» بأنّ مراد المصنّف ثبوت الأرش بالتراضي، قال: فمتوهّم غيره غالط.

قلت: ظاهره أنّ ذلك باختيار صاحب الصحيح وهو مشكل، إذ الظاهر من

---

(١) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٧٨.
(٢) كنزالفوائد: ج ٣ ص ٥١٧.
(٣) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ٢٢٧.
(٤) تلخيص المرام: ص ٣٠٤.

ولو اقتسما حيواناً لم يضمن أحدهما لصاحبه المتجدّد في الثلاثة.

ولو ظهر استحقاق أحد النصيبين أو بعضه بعد بناء الشريك فيه أو غرسه لم يضمن شريكه قيمة بنائه وغرسه ولا أرشه سواء كانت قسمة إجبار أو تراض.

الأصحاب في موضع العيب أنّ الخيار لصاحب المعيب فله المطالبة بالأرش والردّ إلّا في مسألة الأمة الحبلى على المشهور فإنّه له الردّ.

وقد يقال في المسألة بالتفصيل، وهو أنّه إن كان العيب عيناً بطلت قطعاً وإن كان وصفاً تخيّر، لأنّه لا أرش بإزاء الأعيان وإنّما هو بإزاء ما ليس له قسط بإزاء المعاوضة ذاتاً كان الوصف كالإصبع الزائدة أو صفة كالحُمّى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو اقتسما حيواناً لم يضمن أحدهما لصاحبه المتجدّد في الثلاثة﴾ يريد أنّهما لو اقتسما حيواناً بأن كان ذلك متعدّداً عنده من صنف واحد فيقسم قسمة إجبار على المختار أو لا فلابدّ من التراضي، لم يضمن أحدهما لصاحبه العيب المتجدّد في ثلاثة أيّام الخيار، لأنّها ليست بيعاً عندنا.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لم يضمن قيمة بنائه وغرسه ولا أرشه﴾ يريد أنّه لو بنى أحدهما في نصيبه أو غرس ثمّ ظهر استحقاق ذلك النصيب فنقض بناؤه وقُلع غرسه لم يرجع على الشريك بشيء من البناء والغرس، وأبطلت القسمة سواء كانت قسمة تراض أو إجبار، ولا فرق في ذلك بين

ولو ظهرت وصيّته بجزء من المقسوم فكالمستحقّ، ولو كانت بمال فكالدين.

أن يكونا علما بالاستحقاق أو جهلا أو افترقا كما هو ظاهر «الدروس[1]» لأنّه أطلق كما أطلق المصنّف، لأنّ القسمة عندنا ليست بيعاً حتّى يظنّ فيما إذا كان الغارس جاهلاً بالاستحقاق أنّ شريكه غرّه فيرجع عليه، وإنّما أفرز حقّه من حقّه فلم يضمن له ما غرم فيه، لأنّه كما عرفت لم ينتقل إليه من جهته ببيع. هذا ما فهمته في توجيه هذا الحكم، ولعلّ له وجهاً آخر أو بناه على غير هذا الوجه، فليتأمّل جيّداً.

ويبقى لنا تأمّل فيما إذا كانت قسمة تراض ودفع الغارس إلى شريكه عوضاً عمّا وصل إليه ممّا هو مستحقّ مع علمه. وظاهر تقييد عدم الضمان في كلام المصنّف بالبناء والغرس أنّه يرجع بالعوض ولو أتلفه، وهو كذلك مع الجهل لأنّها تبطل القسمة، وأمّا مع العلم فمحلّ تأمّل. ومثله ما لو كان البناء سابقاً فدفع عنه عوضاً ثمّ أخذه مالكه، فإنّ له الرجوع بالعوض مع الجهل قطعاً، وأمّا مع العلم فلا يخلو من تأمّل، لأنّه سلّطه على إتلافه فيكون بمنزلة الإباحة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ظهرت وصيّته بجزء من المقسوم فكالمستحقّ﴾ يريد أنّه لو ظهرت بعد قسمة التركة كلّاً أو بعضاً وصيّته بجزء ممّا قسم فالشأن فيه كالشأن في المستحقّ من أنّه إن كان في نصيبهما بالسويّة لم تبطل ... إلى آخر ما تقدّم.

قوله: ﴿ولو كانت بمال فكالدين﴾ لابدّ أن يكون هذا لمال الّذي كالدين

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

ولو أخذ أحد الشريكين بيتاً في دار والآخر غيره وبيت الأوّل يجري ماؤه في حصّة الثاني لم يكن للثاني منعه من الجريان عليه إلّا أن يشترط ردّ الماء عنه، فإن أطلق أُبقي على حاله. ولو وقع الطريق لأحدهما وكان لحصة الآخر منفذ إلى الدرب صحّت القسمة وإلّا بطلت.

ليس جزءاً من المقسوم، فيتصوّر ذلك بأن يقول أُعطوه مائة دينار ولم يعيّن المال. والحاصل أنّه أوصى بمال في مبهم فإنّه يكون كالدين، وقد تقدّم الكلام فيه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لم يكن للثاني منعه من الجريان عليه﴾ وكذا الحال في الطريق كما يأتي عملاً بمقتضى التعديل، لأنّه إنّما يتحقّق بأن يكون لكلّ منهما حصّة بجميع حقوقها فكان كما لو اشتراها بحقوقها ومن حقّها جريان مائها وسلوك طريق ما كان يجري إليه وفيه معتاداً له، إلّا أن يشترط حين القسمة ردّ الماء عنه أو قطع السلوك، كما يأتي.

قوله: ﴿فإن أطلق أُبقي على حاله﴾ لأنّ الإطلاق ينصرف إلى ما كان عليه كما في «الدروس[1]» ويبقى وجوباً. وربّما احتمل العدم، لأنّ الظاهر من القسمة التمييز بالكلّيّة. وهذا يغني عنه قوله: «لم يكن للثاني منعه» لأنّ ظاهره أنّهما اقتسما الدار وأطلقا. فلو قال بعد قوله: «وبيت الأوّل يجري ماؤه في حصة الثاني»: فإن كان بينهما شرط أنّه يردّ الماء فله المنع وإلّا أُبقي على حاله، كان أولى.

قوله: ﴿وإلّا بطلت﴾ لانتفاء التعديل. والّذي يظهر لي أنّه إذا علم أنّه

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

إلّا أن يجعل عليه مجازاً في حصّته أو يشترط سقوط المجاز.

لاطريق له ورضي به لم تبطل القسمة، وكان المصنّف لحظ ذلك في قوله: «أو يشترط سقوط المجاز» فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿أو يشترط سقوط المجاز﴾ يريد أنّه إذا اشترط أحدهما على الآخر أن لا يكون له طريق ورضي به جاز كما صرّح في «الدروس[1]».

قلت: بل لم يشترط وعلم الآخر أنّه إن أخذها كان عادم المجاز جاز، كما مرّ.

وقال القاضي[2]: إذا اقتسم قوم داراً أو أرضاً وشرطوا أن لا يكون لواحد منهم طريق إلى ذلك كان الشرط باطلاً.

قلت: لا أرى له مستنداً إلّا ما يحصل عليه من الضرر. وفيه: أنّه إذا رضي به جاز ولا سيّما إذا كانت حصّته متّسعة قابلة للبنيان أو كثيرة البيوت بحيث تعادل ذات الطريق فإنّه يمكنه أن يشتري له طريقاً. ولعلّه بناه على قوله: إنّه إذا كانت له دار وأراد تحويل بابها عن المكان الّذي هو فيه أو أراد فتح باب آخر مع بابها، فإن كان في أزقّة غير نافذة لم يكن له فتح باب منها ولاتحويل بابها إلّا بعد أن يرضى أهل تلك الأزقة[3] انتهى.

وفيه ـ على تقدير التسليم ـ أنّ ذلك لا يمنع من اشتراط عدم المجاز، لأنّه قد يرضى أهل تلك الأزقّة أو يشتري منهم أو ينبغي أن لا يمنع من ذلك إن كان في زقاق نافذ.

ثمّ إنّا لا نسلّم المنع مطلقاً فيما ذكر بل نقول: إنّ له فتح باب متقدّم إلى رأس

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

(٢ و٣) المهذّب: ج ٢ ص ٥٧٣ و٥٧٥.

ولو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر فهو كمجرى الماء.

ولوليّ الطفل المطالبة بالقسمة مع الغبطة لابدونها.

الدرب وتحويل الباب إليه دون المتأخّر، فتأمّل.

قوله: ﴿فهو كمجرى الماء﴾ نعم هو جار مجراه من دون فرق كما تقدّمت الإشارة إليه. وصرّح به في «الدروس[1]» فله السلوك ما لم يشترط السقوط.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولوليّ الطفل المطالبة بالقسمة مع الغبطة لابدونها﴾ قال في «التحرير» في آخر بحث القسمة: يجوز للأب والجدّ والحاكم والوصيّ وأمينه قسمة مال الطفل والمجنون، ويجوز لهم قسمة التراضي من غير زيادة في العوض. وكذا يجوز للوكيل العامّ القسمة مع المصلحة لموكّله[2]، فجوّز القسمة من دون أن يشترط الغبطة، فيحمل إمّا على ما إذا طلب الشريك القسمة أو على وجه آخر لا على ما إذا كان الوليّ هو الطالب كما نحن فيه، أو تؤوّل العبارة بأن يقال: ترك ذكر الغبطة للعلم بها أو لدلالة آخر الكلام عليها أو نحو ذلك. ويؤيد ذلك أنّه ذكر في صدر البحث أنّه إذا طلب الوليّ القسمة ولا غبطة منعه القاضي، وإن كان هناك غبطة لم يمنع.

قلت: اشتراط الغبطة في طلب القسمة في الكتابين يحتمل أحد أمرين: الأوّل: أن يكون بنى ذلك على أنّه لا يكفي في تصرّفات الوليّ انتفاء المفسدة بل لابدّ من الغبطة. الثاني: أن يكون ذلك من جهة إجبار الشريك فكأنّه قال: إنّا وإن اكتفينا في تصرّفات الوليّ بانتفاء المفسدة إلّا إنّا لا نكتفي بذلك هنا، لأنّ إجبار الشريك

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٩.

(٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٩.

ولو طلب الشريك القسمة وانتفى الضرر أُجبر الوليّ عليها وإن كانت الغبطة في الشركة.

ولو قال صاحب النصف: رضيت بالشرقيّ ـ مثلاً ـ وقال الآخر: رضيت بالغربيّ ولم يتميّز بالمساحة أحد النصفين عن الآخر لم تصحّ القسمة.

بمجرّد انتفائها غير معلوم. وهذا أقعد من الأوّل فتأمّل. وعليها تكون الحصّة من الأُجرة من مال الطفل لمكان الغبطة كما هو المفروض.

قوله: ﴿وأُجبر الوليّ عليها وإن كانت الغبطة في الشركة﴾ كما نصّ ذلك في «الدروس[1]» لعموم الفتوى بالإجبار، ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[2] ولاضرر على الطفل كما هو المفروض. نعم لا غبطة له.

فإن قلت: إنّ عليه ضرراً وهو الحصّة من الأُجرة.

قلت: ليس ذلك ضرراً مانعاً من الإجبار قطعاً، أو نقول: إنّا لا نسلّم أنّها حينئذٍ يجب دفعها من مال الطفل كما في «التحرير[3]» بل إمّا من مال الطالب أو من بيت المال، لأنّ أخذ الأُجرة من ماله حيث لا غبطة إجحاف. وفيه نظر ظاهر، فتأمّل.

قوله: ﴿لم تصحّ القسمة﴾ لانتفاء الموضوع، لأنّه لا قسمة إلّا بالإفراز والتعديل وهما إنّما رضيا بالقسمة، وهي لم تتحقّق لعدم تحقّق الإفراز.

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٢٠.

(٢) عوالي اللئالي: ج ٣ ص ٢١٠ ح ٥٤.

(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٢٩.

المقصد السابع
في متعلّق الدعاوي المتعارضة

وفيه فصول:

الأوّل: في دعوى الأملاك

لو تداعيا عيناً في يدهما ولا بيّنة قضي لهما بها نصفين وحلف كلّ لصاحبه

المقصد السابع

في متعلّق الدعاوي المتعارضة

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو تداعيا عيناً في يدهما ولا بيّنة﴾ لأحد منهما ﴿قُضي لهما بها نصفين وحلف كلٌّ لصاحبه﴾ كما في «المبسوط[1] والوسيلة[2] والسرائر[3] والإرشاد[4] والتحرير[5]

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٧. (٢) الوسيلة: ص ٢١٨. (٣) السرائر: ج ٢ ص ١٧١.

(٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٤٩. (٥) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٣.

والدروس[١] واللمعة[٢] والتنقيح[٣] والمسالك[٤] والروضة[٥] وغاية المرام[٦] والمجمع[٧] والكفاية[٨] والمفاتيح[٩]» وهو المشهور كما في «غاية المرام» والأكثر لم ينقل فيه خلافاً كما في «المسالك والكفاية».

ولم يذكر الحلف في «الخلاف[١٠] والغنية[١١] والكافي[١٢] والإصباح[١٣] والشرائع[١٤]» ونسبه في «الخلاف» إلى الشافعي وفي «الشرائع» إلى القيل. وقال في «النافع[١٥]» بعد الحكم بكونها بينهما: ولكلّ منهما إحلاف صاحبه.

قلت: ما ذكره في «النافع» نافع في وجه الجمع بين القولين بأن يكون مراد التارك للحلف أنّهما إن لم يُحلف أحد منهما صاحبه كان الحكم أيضاً كذلك، ويكون القائل بالحلف مراده أنّه لهما أن يُحلف كلّ منهما صاحبه إن أراداه.

حجّة القول الأوّل: إنّ كلاًّ منهما مدّعٍ ومنكر فيشمله العموم، وحينئذٍ فيحلف كلّ منهما على نفي ما يدّعيه الآخر، ولا يتعرّض واحد منهما في يمينه لإثبات ما في يده بل يقتصر على أنّه لا حقّ لصاحبه فيما يدّعيه، كذا قالوا. ولعلّ الوجه فيه أنّه لم يتوجّه عليه اليمين للإثبات وأنّه لو نكل الآخر فإن كان الأوّل حلف على النفي كفاه يمين اُخرى على الإثبات، وإن لم يكن حلف كفاه اليمين الجامعة بين النفي والإثبات، أو يحلف يمينين لتعدّد السبب على قول، ولو تقدّمت منه يمين

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠٠.
(٢) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٨.
(٣) التنقيح الرائع: ج ٣ ص ٢٧٤.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٨.
(٥) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٦.
(٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٧.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٥.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٥.
(٩) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٧١.
(١٠) الخلاف: ج ٦ ص ٣٢٩ المسألة ١.
(١١) غنية النزوع: ص ٤٤٤.
(١٢) الكافي في الفقه: ص ٤٤٩.
(١٣) إصباح الشيعة: ص ٥٣١.
(١٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١٠.
(١٥) المختصر النافع: ص ٢٧٧.

جامعة على النكول فالأولى أنّها لا تكفي لعدم توجّه يمين الإثبات بعد، فلمّا كانت غير كافية كانت عبثاً ولغواً.

حجّة الآخرين: إجماعا «الخلاف والغنية» وما روي أنّ رجلين تنازعا دابّة ليس لأحدهما بيّنة، فجعلها النبيّ ﷺ بينهما [١]. وحمله الشيخ في «المبسوط [٢]» على أنّه حلف كلّ منهما لصاحبه.

وقد علمت وجه الجمع إن جمعت، وإلّا فالترجيح للمشهور، لإطباق المتأخّرين عليه. ولا يقدح مخالفة المحقّق إن كان مخالفاً، مضافاً إلى ما ذكرناه من القواعد والضوابط.

بقي الكلام في البدأة باليمين، ففي «التحرير [٣]» حكم بالتخيير للقاضي، فيبدأ بمن يراه أو بمن تخرجه القرعة، وفي «المجمع [٤]» لابدّ من القرعة للاحتياط، وفي «المسالك [٥]» يمكن أن ينظر إلى السبق فمن سبقت دعواه بدأ بتحليف صاحبه.

قلت: لعلّ وجهه أنّهما لمّا كانا مدّعيين ومنكرين، فكلّ من سبق أوّلاً كأن يكون ادّعى أوّلاً يكون هو المدّعي، فتأمّل. ويبقى عليه ما إذا اقترنا في الدعوى. والّذي أراه أنّه يبدأ بالإحلاف من ابتدأ بالدعوى، لما ذكرنا ولأنّ دعوى الثاني دعوى جديدة فلا يسمعها الحاكم حتّى يفرغ من الاُولى كما برهن عليه فيما مضى، فيُحلفه ثمّ يسمع دعواه ويُحلف الآخر. وإن اقترنا يبدأ بالإحلاف من على يمين صاحبه لأنّه هو المتقدّم عند التعاسر في الابتداء كما برهن عليه فيما مضى. وتظهر الفائدة في تعدّد اليمين على المبتدئ على تقدير نكول الآخر.

---

(١) راجع سنن ابي داود: ج ٣ ص ٣١٠ ح ٣٦١٣.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٧.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٣.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٦.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٧٩.

ولو نكلا قُسمت بينهما بالسويّة أيضاً.

ولو نكل أحدهما وحلف الآخر فهو للحالف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو نكلا قُسمت بينهما بالسويّة أيضاً﴾ قضيّة قولهم: إنّ النكول كالإقرار أو البيّنة أنّه يأخذ كلّ منهما ما في يد الآخر، لأنّه إن كان كالإقرار كان كأنّه أقرّ بما فيه الدعوى وهو ما في يده، وإن كان كالبيّنة كان كذلك على المختار من تقديم بيّنة الخارج كما يأتي. وربّما لاح من عبارة المصنّف وغيره أنّه لكلّ ما في يده كما لو حلفا، اللّهمّ إلّا أن تقول: إنّ قوله فيما يأتي: «وإن أقام كلّ منهما بيّنة فكذلك، يُقضى لكلّ منهما بما في يد صاحبه» ممّا يشعر بما ذكرت، وفيه تأمّل. ويأتي الكلام فيه وبيان المراد منه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو نكل أحدهما وحلف الآخر فهي للحالف﴾ هذا إنّما يتمّ على خلاف ما يذهب إليه المصنّف، لأنّه إنّما يقضى بها للحالف مطلقاً إذا قلنا بالقضاء بمجرّد النكول، وإلّا وجب أن يحلف يمين الإثبات إن كان قد سبق منه يمين النفي، وإلّا فلا بدّ من يمينين لتعدّد السبب ولعلّه يتخيّر في تقديم النفي والإثبات أو يمين واحدة جامعة بين النفي والإثبات فيحلف أنّ جميع الدار لي ليس لصاحبي فيها حقّ. قال في «التحرير[1]»: ولو قال: والله إنّ النصف الّذي يدّعيه ليس له فيه حقّ والنصف الآخر لي، كفاه. وقد يدلّ على كونها للحالف خبر إسحاق بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام: إنّ رجلين اختصما إلى أميرالمؤمنين عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر فقضى بها للحالف[2]. وهذا ممّا يدلّ على القضاء بالنكول.

---

(١) تحريرالأحكام: ج ٥ ص ١٨٤.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٢ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٢.

وإن أقام كلّ منهما بيّنة فكذلك، يُقضى لكلّ منهما بما في يد صاحبه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن أقام كلّ منهما بيّنة فكذلك، يُقضى لكلّ منهما بما في يد صاحبه﴾ يريد أنّه لو أقام كلّ واحد منهما بيّنة وأمكن الجمع فلا بحث، وإن تعارضتا فكذلك، أي يُقسم بينهما بالسويّة مقضيّاً لكلّ منهما بما في يد صاحبه. فقوله: «يُقضى» جملة حاليّة أو استيناف بياني، فكأنّه لمّا قال: يقسم بينهما بالسويّة قيل له كيف يقسم؟ قال: يُقضى إلخ. ويحتمل أن يكون تفسيراً لقوله: «كذلك» فيكون المعنى أنّه يُقضى لكلّ منهما بما في يد صاحبه كذلك أي كما لو نكلا ويكون إشارة إلى ما علم لا إلى ما ذكر ويخصّ بالرجوع إلى النكول لا إلى الحلف فكان بعيداً جدّاً، فتأمّل جيّداً.

ويتحقّق التعارض بين الشاهدين والشاهد والامرأتين ومثلهما ومخالفهما، فالأقسام ثلاثة. ولا تتحقّق مع شاهد ويمين وشاهد وامرأتين. وهل يتحقّق بينه وبين شاهدين؟ قال الشيخ في «الخلاف[1]»: نعم وهو نادر. ويأتي تمام الكلام في البحث الثالث في آخر هذا الباب.

إذا تقرّر هذا فنقول: إذا قامت البيّنتان المتعارضتان وكانت العين في أيديهما فلا إشكال في أنّهما تقسم بينهما نصفين، بل لا خلاف في ذلك ممّن تأخّر عن القديمين ـ الكاتب والحسن ـ وإنّما الإشكال والخلاف في مقام آخر يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

وقد أطبق جمهور من تأخّر عن المفيد والصدوقين والكاتب على الحكم

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٣٣٤ المسألة ٥.

كذلك من غير اعتبار لترجيح إحدى البيّنتين بالمرجّحات الخمس، وهي اليد والسبب وقدم الملك وكثرة العدالة والعدد.

وأوّل أسباب الترجيح كثرة العدالة والعدد، وهما اللّتان اعتبرهما الصدوقان[1] والمفيد[2]. وأمّا المتأخّرون فلم يعتبروهما ولا غيرهما في المقام كما اعتبروا ذلك في المسألة الآتية، ولم أجد أحداً صرّح بذلك منهم سوى أبي العباس[3] واليوسفي[4] بل كثير منهم صرّح بعدم الالتفات إلى الترجيح بذلك كالشهيدين في «اللمعة والروضة[5]» وغيرهما[6]، فانحصر الخلاف في الآبي وأبي العباس من المتأخّرين على الظاهر، فيكونان موافقين للصدوقين والمفيد والكاتب. فأشكل الحال على المولى الأردبيلي[7] والفاضل الخراساني[8] فقالا: كيف لم يعتبروا ذلك وفي الأخبار ما يدلّ عليه؟ ولعلّهما لو ظفرا بهؤلاء الفضلاء الأربعة المخالفين لما ارتابا في الحكم باعتبار الترجيح بذلك.

وأمّا الأخبار الّتي أشارا إليها: فهي صحيحة أبي بصير[9] قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدّعي داراً في أيديهم ويقيم البيّنة ويقيم الّذي في يده الدار البيّنة أنّه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف كان أمرها؟ قال: أكثرهم بيّنة يستحلف وتدفع إليه ... .

وأنت خبير بأنّها واردة في غير محلّ النزاع، إذ محلّ النزاع أن يكون المدّعىٰ في يد المدّعين، والسؤال أنّ الدار في أيدي الورثة والبغلة خارجة عن أيديهما.

---

(١) المقنع: ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠.
(٢) المقنعة: ص ٧٣٠ ـ ٧٣١.
(٣) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٩٢.
(٤) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١١.
(٥) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٦.
(٦) كالمحقّق في الشرائع: ج ٤ ص ١١٠.
(٧) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٢٩.
(٨) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٧.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨١ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

وأمّا ضعيفة عبدالرحمن بن أبي عبدالله[1] بمعلّى بن محمّد المضطرب الحديث والمذهب، فإنّه قال فيها: كان عليّ عليه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء ... إلخ، سلّمنا أنّها واردة في محلّ النزاع ظاهرة في اعتبار الترجيح إلّا أنّها ضعيفة. وقد اشتملت على القرعة الّتي لم يقل بها أحد في المقام إلّا من شذّ، كما يأتي.

هذا ما وجدته من الأخبار ما بين ضعيف جدّاً وصحيح في غير مورد النزاع، والضعف لم ينجبر بشيء. ويأتي الكلام فيها مفصّلاً، لأنّ الأصحاب قد استدلّوا بها فيما إذا كان المدّعى في يد ثالث.

ثمّ إنّا نقول: قد تقرّر في محلّه: أنّ الترجيح إنّما يعتبر في أحد الجانبين إذا لم يعتبر الجانب الآخر لو لم يوجد فيه، وهنا قد قام الإجماع على التنصيف مع قيام البيّنتين العادلتين، فلو اعتبرنا الترجيح وألغينا الآخر لزمنا أن نخالف الإجماع وخلاف من شذّ لا يقدح في دعوى الإجماع كما قرّر غير مرّة.

ثمّ إنّا قد نقول: مع قيام الحجّة لا دليل على الترجيح بما ذكر إلّا أن يدلّ عليه دليل من خبر أو إجماع، إلّا أن يكون المدار على تحصيل الظنّ كما في الظنون الاجتهادية. ولذا ذهب جماعة إلى أنّه إذا لم تندفع الريبة عن القاضي بتفريق الشهود ونحوه أنّه يحكم ولو بقيت الريبة كما صرّح به في «الدروس[2] والتحرير[3]» وحسن معاوية[4] إنّما دلّ على استحباب التفريق لاحتمال دفع الريبة. وقد تقدّم الكلام في بحث التزكية.

ولمّا كان في بعض الأخبار ما يدلّ على الحلف والقرعة بعدها فيما إذا

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٣ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٥.
(٢) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٨٠. (٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٣٤.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢٠٢ ب ١٩ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

تعارضت البيّنات اعترض في «المجمع[1] والكفاية[2]» على الأصحاب بعدم اعتبار ذلك كصحيحة الحلبي[3] قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجلين شهدا على أمر وجاء آخران وشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين وهو أولى بالحقّ.

ومثله مضمرة سماعة[4] إنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قضى في البيّنتين المتساويتين بالقرعة بعد الدعاء. ومثله مرسلة داود[5] وضعيف عبدالرحمن[6] المتقدّم ونحوه.

قلت: فيه أوّلاً أنّها معارضة بخبر طرفة[7]: إنّ رجلين ادّعيا بعيراً فأقام كلّ واحد منهما البيّنة فجعله علي عليه السلام بينهما. وخبر غياث حيث قال عليه السلام: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين، كما سيأتي نقلهما والكلام فيهما إن شاء الله تعالى. وثانياً إنّه يمكن حمل تلك على غير العين الّتي في أيديهما كما في المسألة الآتية. وثالثاً إنّ الأصحاب لمّا أجمعوا على عدم القرعة في المقام مع ما يرونه من مخالفة هذه الأخبار علمنا أنّهم قامت لهم قرائن على ضعفها وإن زادت قوّة الإجماع كما قرّره الأُستاد مولانا محمّدباقر ـ أدام الله حراسته ـ في «فوائده الحائرية»[8] واستدلّ على ذلك بإجماعهم على جواز الجمع بين العلويّتين مع ما يرونه من الخبرين المانعين من ذلك ... إلى غير ذلك ممّا هو كثير غاية الكثرة.

وأمّا القديمان: فالحسن على أنّه يُقرع بينهما، فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ الجميع كما في هذه الأخبار الّتي علمت حالها كما نقل عنه في «المختلف[9]»

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٠. (٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٩.

(٣ و ٤) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٥ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١١ و ١٢.

(٥) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٤ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٨.

(٦ و ٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٣ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٥ و ٤.

(٨) لم نعثر عليه. (٩) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٠ ـ ٣٧١.

في غير هذه المسألة، وأمّا هذه فلم يتعرّض لها فيه. ثمّ قال الحسن: وقد تواترت الأخبار عنهم عليهم السلام أنّهم قالوا: اختصم رجلان إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في أمر فجاء كلّ منهما بشهود عدول على عدّة واحدة، فأسهم رسول الله صلى الله عليه وآله بينهما فأعطاه للّذي أُخرج سهمه [1] فقال: اللّهمّ إنّك تقضي بينهما. وزعمت بعض العامّة: أنّ المدّعيين إذا أقام كلّ منهما شاهدي عدل على شيء واحد أنّه له دون غيره حكم بينهما نصفين. فيقال لهم: أكتاب الله تعالى حكم بذلك أم سنّة رسول الله صلى الله عليه وآله أم إجماع؟ فإن ادّعوا الكتاب فالكتاب ناطق بالردّ عليهم، وإن ادّعوا السنّة فالسنّة في القرعة مشهورة بالردّ عليهم، وإن ادّعوا الإجماع كفوا الخصم المؤونة، ويقال لهم: أليس إذا أقام كلّ منهما شاهدي عدل في دار أنّها له، فشهود كلّ منهما تكذّب الشهود الآخر والعلم يحيط بأنّ إحدى الشهداء صادقة والأُخرى كاذبة، فإذا حكمنا بالدار بينهما نصفين فقد أكذبنا شهودهما جميعاً، فإذا كان إحداهما صادقة والأُخرى كاذبة فيجب أن تسقط إحداهما، ولم نجد إلى إلغاء واحدة منهما سبيلاً إلّا بالقرعة، انتهى.

وأنت خبير بأنّ هذا كلّه يسقط بعد أن نطقت الأخبار بالتنصيف وأجمعت الأصحاب عليه بعده وإمكان تأويل الأخبار الّتي استند إليها كما مرّ ويأتي إن شاء الله تعالى، على أنّه لم يذكر الحلف بعد القرعة كما نطقت به هذه الأخبار. ولقد بالغ حيث نسبه إلى العامّة وأنّ الكتاب ناطق بخلافه.

وأمّا أبو علي [2] فقد ذهب أنّه مع تساوي البيّنتين يعرض اليمين على المدّعيين فأيّهما حلف استحقّها إن أبى الآخر، وإن حلفا جميعاً استحقّاها نصفين، وإن اختلف أعداد البيّنتين فتشاحّا على اليمين أُقرع بينهما سهام على أعداد الشهود، فأيّهما خرج سهمه كانت اليمين عليه، فإذا حلف دفعت العين إليه. وكأنّه استند في

(١) في المختلف: خرج اسمه.

(٢) نقله عنه في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٢.

هذا الأخير إلى ما رواه علي بن إبراهيم عن النوفلي عن السكوني عن الصادق عن أبيه عن آبائه ـ عليهم الصلاة وأتمّ السلام ـ أنّ عليّاً عليه السلام قضى في رجلين ادّعيا بغلة فأُقام أحدهما شاهدين والآخر خمساً، فقال لصاحب الخمسة خمسة أسهم ولصاحب الشاهدين سهمان، وحملت السهام على سهام القرعة[1]. وفي الأوّل إلى خبر إسحاق بن عمّار إنّ رجلين اختصما إلى أمير المؤمنين عليه السلام في دابّة في أيديهما وأقام كلّ واحد بينهما البيّنة أنّها نتجت عنده، فأحلفهما عليّ عليه السلام، فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف، فقضى بها للحالف ... الحديث[2] يأتي تمامه في محلّه إن شاء الله تعالى.

وهذا المذهب أيضاً كما ترى عوّل فيه على أخبار هذا حالها، ولهذا أطبقوا على التنصيف ولكنّهم اختلفوا في سببه، فالأشهر كما في «المسالك[3]» أنّ العلّة تقديم بيّنة الخارج فيقضى لكلّ واحد بما في يد صاحبه كما هو خيرة هذا الكتاب و«التحرير[4] والشرائع[5] والنافع[6] واللمعة والروضة[7] والمسالك[8] والمفاتيح[9]» ونقله في «المهذّب[10]» عن «النهاية وكتابي الأخبار» ولعلّه استنبطه من قوله فيها بتقديم بيّنة الخارج. واقتصر على ذكر التنصيف فقط في «الوسيلة[11] والكشف[12] والإرشاد[13] والدروس[14] والتنقيح[15]» ويمكن حمله على المشهور، وقيل: إنّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٥ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١٠.

(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٢ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٢.

(٣ و٨) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٨١.

(٤) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٥.

(٥) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١١.

(٦) المختصر النافع: ص ٢٧٨.

(٧) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٦.

(٩) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٧١.

(١٠) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٩٤.

(١١) الوسيلة: ص ٢١٨.

(١٢) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١١ ـ ٥١٢.

(١٣) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٥٠.

(١٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠١.

(١٥) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٨١.

ولو أقام أحدهما بيّنة قضي له بالجميع.

سببه تساقط البيّنتين بسبب التساوي وبقي الحكم كما لو لم يكن هناك بيّنة، ولم أظفر بهذا القائل. وقيل: لأنّ مع كلّ منهما مرجّحاً باليد على نصف العين فقدّمت بيّنته على ما في يده. وهذا القول نسبه في «المهذّب» إلى الخلاف. والظاهر أنّ ذلك منه استنباط.

وتظهر الفائدة في اليمين على من قضي له، فعلى الأوّل لا يمين، لأنّ القضاء له مستند إلى بيّنة وهي ناهضة بثبوت الحقّ فيستغنى عن اليمين. قال في «التحرير[1]»: وهل يحلف كلّ منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندي الأوّل مع احتمال الثاني، انتهى. وفيه: إنّه لا جهة للحلف مع ترجيحه بيّنة الخارج، وعلى القول الثاني يلزم كلّ منهما اليمين لصاحبه، لأنّ تساقط البيّنتين أوجب الرجوع إلى اليمين كالمسألة السابقة، وعلى الثالث لا يمين على أحدهما، لأنّ ترجيح البيّنة على الاُخرى بسبب اليد أوجب العمل بالراجح وترك الآخر كما لو تعارض الخبران. وقد أشار إلى جميع ذلك في «المبسوط[2]».

واعلم أنّه لابدّ من ملاحظة أخبار الباب، لأنّها لا تخلو في الظاهر من نوع اضطراب، وقد جمع الشيخ بينها في «التهذيب[3] والإستبصار[4]» جمعاً ظنّ أنّه يأتي على جميع الأخبار، ولقد نظرنا إليها فرأينا أنّ جمعه لا ينطبق عليها. ويأتي الكلام فيه مفصّلاً إن شاء الله تعالى.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقام أحدهما بيّنة قُضي له

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٥.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٨.
(٣) التهذيب: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٧ ذيل ح ١٤
(٤) الإستبصار: ج ٣ ص ٤٢ ذيل ح ١٣.

ولو كانت العين في يد أحدهما قُضي له بها إن لم يكن بيّنة وعليه اليمين لصاحبه. ولو أقام كلّ منهما بيّنة فهي للخارج، وقيل: للداخل.

بالجميع﴾ هذا على إطلاقه مشكل بل غير صحيح، لأنّ بيّنته أقصى ما تثبت له ما في يد صاحبه، وأمّا في يده فإن كان صاحبه أحلفه عليه فحلف ثبت أيضاً لكن لابالبيّنة، وإن لم يكن أحلفه عليه فإنّه لا يقضى له بالجميع إذا قامت البيّنة بل لابدّ معها من اليمين، اللّهمّ إلّا أن يكون ردّ اليمين على صاحبه فلم يحلف فإنّه حينئذٍ يقضى له بالجميع وتسقط دعوى صاحبه مطلقاً أو في ذلك المجلس. وإن كان صاحبه لمّا ردّ عليه حلف، فإنّه لا يُقضى له بالجميع سواء حلّفه مع البيّنة أم لم يحلّف وإنّما يُقضى له بما في يد صاحبه. فالعبارة الصحيحة أن يقال: قُضي له بالجميع إن حلف أو ردّ اليمين فامتنع صاحبه من الحلف. وأخصر من ذلك أن يقال: مع يمينه. ولعلّه ترك ذلك كما تركه غيره للعلم بأنّ البيّنة إنّما تثبت ما في يد صاحبه، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت العين في يد أحدهما ... إلخ﴾ هذا واضح لا يحتاج إلى بيان، بل لو لم يذكره لعرفنا حكمه ممّا سلف، فإن نكل قُضي به لصاحبه مع يمينه أو بدونها على اختلاف الرأيين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقام كلّ منهما بيّنة فهي للخارج، وقيل للداخل﴾ اختلف الأصحاب ـ رضي الله تعالى عنهم ـ في المسألة على أقوال:

الأوّل: إنّها للخارج. وهو مذهب جماعة، لكنّهم افترقوا ثلاث فرق:

الأُولى: إنّها له إن شهدت البيّنتان بالملك المطلق مطلقاً سواء تساويتا عدداً وعدالة أم لا كما في «النهاية[١] والتهذيب[٢] والاستبصار[٣] والخلاف[٤] والمبسوط[٥]» في آخر كلامه و«الغنية[٦] والسرائر[٧] والمراسم[٨] والشرائع[٩] والنافع[١٠] وكشف الرموز[١١] والإرشاد[١٢] والتبصرة[١٣]» وهذا «الكتاب» فيما يأتي و«المختلف[١٤]» على ما يفهم منه بالطريق الأولى، لأنّه قدّم بيّنة الخارج إذا شهدتا بالسبب و«غاية المراد[١٥] وتعليق النافع والإرشاد». وهو المنقول عن القاضي والصهرشتي و«الإصباح» بل هو مذهب الكيدري على ما يأتي بيان مذهبه، بل ومذهب الصدوقين[١٦] والمفيد[١٧] عند التساوي عدالة وعدداً. والحاصل أنّ الصدوقين موافقان في بعض الموارد كما يأتي. وإليه مال في «الروضة[١٨]» وربّما لاح من «المسالك[١٩] والتنقيح[٢٠]» وهو مذهب جماعة كثيرة كما في «المجمع[٢١]» وتوقّف في «التحرير[٢٢] والإيضاح[٢٣] والدروس[٢٤] واللمعة[٢٥] وغاية المرام[٢٦]

---

(١) النهاية: ص ٣٤٤.
(٢) التهذيب: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٧ ذيل ح ١٤.
(٣) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٢ ذيل ح ١٣.
(٤) الخلاف: ج ٦ ص ٣٢٩ المسألة ٢.
(٥) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٨.
(٦) غنية النزوع: ص ٤٤٣.
(٧) السرائر: ج ٢ ص ١٦٨.
(٨) المراسم: ص ٢٣٤.
(٩) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١١.
(١٠) المختصر النافع: ص ٢٧٨.
(١١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١٠.
(١٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٥٠.
(١٣) تبصرة المتعلّمين: ص ١٨٩.
(١٤) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٦.
(١٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٧٣ و٧٥.
(١٦) المقنع: ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠.
(١٧) المقنعة: ص ٧٢٩.
(١٨) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٨.
(١٩) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٨٤ ـ ٨٥.
(٢٠) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٨٠.
(٢١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٥.
(٢٢) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٥.
(٢٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٤٠٦.
(٢٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠١.
(٢٥) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٨.
(٢٦) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٨.

والمسالك[١] والكفاية[٢]» وغيرها.

لنا على المختار الإجماعات المنقولة في «الخلاف[٣] والغنية[٤] والسرائر[٥]» وظاهر «المبسوط[٦]» وما رواه الشيخ في «الخلاف والمبسوط» حيث نسب ذلك إلى أخبار الأصحاب وإن لم يذكر المتن، وما روي عن أميرالمؤمنين عليه السلام في البيّنتين تختلفان في الشيء الواحد يدّعيه الرجلان: أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بيّنة كلّ واحد منهما وليس في أيديهما، فأمّا إن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما فالبيّنة فيه على المدّعي واليمين على المدّعى عليه[٧] وللاتّفاق على أنّ البيّنة على المدّعي وتواتر النصوص به دون المنكر، والخارج هو المدّعي بجميع التفاسير والداخل منكر كذلك. ويشير إلى ذلك صحيح أبي بصير حيث قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي القوم فيدّعي داراً في أيديهم ويقيم البيّنة ويقيم الّذي في يديه الدار البيّنة أنّه ورثها عن أبيه لا يدري كيف كان أمرها؟ فقال: أكثرهم بيّنة تستحلف وتدفع إليه ... إلى أن قال: فسألته حينئذٍ فقلت أ رأيت إن كان الّذي ادّعى الدار قال: إنّ أبا هذا الّذي هو فيها أخذها بغير ثمن ولم يقم الّذي هو فيها بيّنة إلّا أنّه ورثها عن أبيه؟ قال: إذا كان أمرها هكذا فهي للّذي ادّعاها وأقام البيّنة عليها[٨].

وهذا الأخير محلّ التأييد، فتأمّل. ويأتي الكلام في صدرها.

ويدلّ عليه أيضاً ما رواه الصفّار عن إبراهيم بن هاشم عن محمّد بن حفص

---

(١) مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٨٢.
(٢) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٢٨.
(٣) الخلاف: ج ٦ ص ٣٣١ المسألة ٢.
(٤) غنية النزوع: ص ٤٤٤.
(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٦٩.
(٦) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٨.
(٧) دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٥٢٢ ح ١٨٦٣.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨١ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.

عن منصور عن الصادق عليه السلام قال: قلت له رجل في يده شاة فجاء رجل فادّعاها وأقام البيّنة العدول أنّها ولدت عنده ولم يهب ولم يبع، وجاء الّذي في يده بالبيّنة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده لم يبع ولم يهب؟ قال أبو عبدالله عليه السلام: حقّها للمدّعي ولا أقبل من الّذي في يده بيّنة، لأنّ الله ـ عزّ وجلّ ـ أمر أن تطلب البيّنة من المدّعي فإن كانت له بيّنة وإلّا فيمين الّذي هو في يده، هكذا أمر الله عزّ وجلّ[1].

وهذه صريحة في تقديم بيّنة الخارج مع ذكر السبب فمع الإطلاق كذلك بل ربّما كان أولى، وفيها مبالغة حيث ذكر العلّة مرّتين فهي معلّلة مرّتين، وفيها إشارة إلى الخبر المستفيض. والظاهر أنّ محمّد بن حفص هو أبو جعفر العمري وكيل الناحية وهو من رجال العسكري عليه السلام. وأمّا منصور فهو ابن حازم كما هو ظاهر لا يكاد يخفى، فالخبر حسن، ففي التأمّل فيه من هذه الجهة تأمّل، ولا مانع من أن يكون منصور قد عمّر حتّى روى عنه محمّد بن حفص. ويدلّ على ذلك أنّهم قالوا[2]: إنّه روى عن الكاظم عليه السلام.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّ بيّنة الداخل مؤكّدة والخارج مؤسّسة والتأسيس خير من التأكيد. إلّا أن تقول: إنّ ذلك مخصوص بالخطب ومقام الوعظ، وقد قدّم بعض الاُصوليّين دليل الإباحة على الحظر والوجوب، وعكسه بعض آخر.

واحتجّ لهذا القول في «المسالك[3]» وغيرها بأنّ فيه جمعاً بين الأخبار الّتي دلّ بعضها على تقديم الداخل مع بيان السبب ـ يريد بذلك خبر غياث وخبر جابر كما يأتي ـ وبعضها على تقديم الخارج، قال: وهو محمول على ما إذا اُطلقت. وأنت تعلم أنّه لم يذكر في «المسالك» وغيرها من الأخبار ما يدلّ على تقديم بيّنة

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٦ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١٤.
(٢) رجال النجاشي: ص ٤١٣.
(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٨٥.

الخارج سوى خبر منصور وهو وارد في السبب. ومن هنا صحّ للأردبيلي أن يقول: إذا قدّمت بيّنة ذي اليد مع كونها بالسبب كما تضمّنه خبرا غياث وجابر لم يبق لبيّنة الخارج دليل، فإنّ خبر منصور مع السبب ولم يبق خبر المستفيض دليلاً أيضاً[١] ـ يريد قوله ﷺ: البيّنة على المدّعي ـ انتهى. وما ذكرناه نحن في الاستدلال من الإجماعات والأخبار وكيفيّة الاستدلال بخبر منصور لا غبار عليه، وكأنّهم لم ينتبهوا له وإلّا لذكروه، فتأمّل.

وقد اضطربت عبارات كثير من الأصحاب في المقام، ففي «الخلاف» في البيوع في مسألة العبد الّذي يد أحدهما عليه: أنّ البيّنة بيّنة الخارج وإن شهدتا بالسبب، وفي الدعاوي قال: إذا ادّعيا ملكاً مطلقاً ويد أحدهما عليه كانت بيّنته أولى، وكذلك إن أضافاه إلى سبب ... إلى أن قال: وقال أبو حنيفة وأصحابه: إن كان المدّعىٰ ملكاً مطلقاً أو ما يتكرّر سببه لم تُسمع بيّنة المدّعى عليه وهو صاحب اليد، وإن كان ملكاً لا يتكرّر سببه سمعنا بيّنة الداخل. وهذا هو الّذي يقتضيه مذهبنا. وهو المذكور في «النهاية» وكتب الفقه. وقال أحمد ابن حنبل: لا تُسمع بيّنة صاحب اليد بحال في أيّ مكان كان، وروى ذلك أصحابنا أيضاً ... إلى أن قال: يدلّ على مذهبنا إجماع الفرقة وأخبارهم والخبر المشهور[٢] عن النبيّ ﷺ أنّه قال: البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه[٣]، ويدلّ على الأوّل مارواه جابر[٤] ومارواه غياث[٥] وهما دالّان على تقديم ذي اليد إذا شهدت البيّنتان أنّ كلاً منهما نتجها.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٤.
(٢) الخلاف: ج ٣ ص ١٣٠ المسألة ٢١٧، وج ٦ ص ٣٢٩ و٣٣٢ المسألة ٢.
(٣) الكافي: ج ٧ ص ٤١٥ ح ١.
(٤) السنن الكبرى: ج ١٠ ص ٢٥٦.
(٥) الكافي: ج ٧ ص ٤١٩ ح ٦.

ولمّا كانت هذه العبارة متنافرة الظاهر اضطرب النقل عنه.

وقال الآبي: قال الشيخ في الخلاف: إذا ادّعيا ملكاً مطلقاً ويد أحدهما على العين كانت بيّنته أولى. وأظنّه زيغاً وقع في القلم، فكأنّه أراد إذا كانت بيّنته بالسبب، واستدلاله بخبر النبيّ ﷺ وقضاء عليّ عليه السلام يشهد بما قلت، لأنّهما واردان في السبب. وأيضاً استدلاله بقوله ﷺ: «البيّنة على المدّعي ... إلخ» يقتضي خلاف مدّعاه فيه، وهو موافق لما ذكره في الاستبصار [1] انتهى.

قلت: الآبي وغيره لم يعط العبارة حقّ النظر، وإلّا فقد علمت أنّ الشيخ في كتاب البيوع قدّم بيّنة الخارج وفي الدعاوي قال: إذا ادّعيا ملكاً مطلقاً ... إلى آخره على سبيل الاحتمال، ثمّ إنّه أبان عن مذهبه بأنّه إذا كان المتداعى ملكاً مطلقاً لم تُسمع بيّنة المدّعى عليه واستدلّ عليه بإجماع الفرقة وأخبارهم وبالخبر المشهور، ولم يستدلّ به على تقديم بيّنة ذي اليد، كما توهّمه الآبي. ثمّ إنّه قال: يدلّ عليه الاحتمال الأوّل خبرا جابر وغياث واستدلّ بهما على قوله أوّلاً وكذا إذا أضافاه إلى سبب، ولم يستدلّ بهما على ما إذا ادّعيا ملكاً مطلقاً، كما توهّمه الآبي أيضاً.

نعم قال في «المبسوط [2]»: المذهب الّذي تدلّ عليه أخبارنا ما ذكرناه في النهاية وهو أنّه إذا شهدتا بالملك المطلق ويد أحدهما عليه حُكم لليد. وهنا قد زاغ قلمه الشريف، لأنّه صرّح في النهاية أنّه إذا كان مع واحد منهما يد متصرّفة وشهدت البيّنتان بالملك المطلق انتزع الحقّ من اليد المتصرّفة وأُعطي بيد الخارجة. وقد نبّه على هذا السهو الشهيدان في «غاية المراد [3] والمسالك [4]» لكنّه

(١) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١٠.
(٢) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٨.
(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٧٤.
(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٨٤.

قال بعد ذلك بأسطر قليلة: وأمّا بيّنة الداخل فإن كانت بالملك مضافاً إلى سبب قبلناها، وإن كانت بالملك المطلق قال قوم: لا نسمعها وقال آخرون: مسموعة، والأوّل مذهبنا، لأنّه يجوز أن يكون شهدت بالملك لأجل اليد واليد قد زالت ببيّنة المدّعي، انتهى. وهذا يدلّ على أنّ قوله الأوّل كان سهواً من القلم، فنسبة الخلاف إليه في المبسوط فيما نحن فيه كما وقع لبعض لم تصادف محزّها. وقد اختلف النقل عن الخلاف والمبسوط والتحقيق ما ذكرناه، فتأمّل.

وأمّا إذا شهدت بيّنة الخارج بالسبب وبيّنة الداخل بالملك المطلق فلا كلام في تقديم بيّنة الخارج للإجماع في «الخلاف[1]» وغيره[2].

وهل يستحلف الخارج إذا قدّمت بيّنته؟ احتمالان أصحّهما العدم، لأنّ الحلف مبنيّ على التساقط وهو ساقط، لأنّ المفروض رجحان إحدى البيّنتين، ولذا قدّمت فكانت بذاتها ناهضة بإثبات الحقّ من دون يمين.

وهل يستحلف الداخل إذا قدّمت بيّنته؟ احتمالان أيضاً، أولاهما وأحوطهما الحلف، وليس واجباً عند الشيخ. وما تضمّنه كخبر إسحاق فقد حمله الشيخ[3] على أنّهما اصطلحا على ذلك، ويمكن حمله على التقيّة، لأنّ هذين الاحتمالين قولان للشافعي[4]. وسيأتي تمام الكلام إن شاء الله تعالى.

الفرقة الثانية: إنّ البيّنة للخارج إن شهدتا بالسبب، وهو أيضاً خيرة «السرائر[5] والشرائع[6] والنافع[7] والخلاف[8]» في البيوع، وإطلاق «الغنية[9]

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٣٣١ المسألة ٢. (٢) كفاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٩.

(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٨ ذيل ح ١٤.

(٤) راجع الشرح الكبير: ج ١٢ ص ١٨٣، الحاوي الكبير: ج ١٧ ص ٣٠٣.

(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٦٨. (٦) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١١.

(٧) المختصر النافع: ص ٢٧٨. (٨) الخلاف: ج ٣ ص ١٣٠ المسألة ٢١٧.

(٩) غنية النزوع: ص ٤٤٣.

والإصباح[1] والمراسم[2]» وهو مذهب اليوسفي[3] والمصنّف وولده[4] والصيمري[5] والمقداد[6] وغيرهم، بل كلّ من قال بتقديم بيّنة الخارج مطلقاً موافق كـالكيدري وغيره. ودليله ما تقدّم من الإجماعات والأخبار ولا سيّما خبر منصور[7] الصريح فيما نحن فيه.

وقدّم الداخل هنا الشيخ في «كتابي الحديث[8] وهو ظاهر «النهاية[9]» لأنّـه أطلق فيها تقديم الداخل إذا شهدت بيّنته بالسبب.

ومستنده مع التأييد باليد ما في خبر إسحاق بن عمّار[10] عن الصادق عليه السلام أنّه قيل له: فإن كانت في يد واحد منهما وأقاما جميعاً البيّنة، فقال: أقضي بها للحالف الّذي في يده.

ولفظ السؤال وإن عـمّ الإطـلاق والتسبيب إلّا أنّ أوّل الخـبر: إنّ رجـلين اختصما في دابّة وأقام كلّ منهما بيّنة أنّها نتجت عنده، فربّما يقال باختصاص هذا السؤال أيضاً باشتمال البيّنتين على ذكر السبب، فتأمّل.

وقول الصادق عليه السلام في خبر غياث بن إبراهيم[11]: أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابّة وكلاهما أقاما البيّنة أنّه أنتجها فقضى بها للّذي هي في يـده وقال: لو لم يكن في يده لجعلتها بينهما نصفين.

---

(١) إصباح الشيعة: ص ٥٣١. (٢) المراسم: ص ٢٣٤.
(٣) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١٠. (٤) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٤٠٦.
(٥) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٥٩. (٦) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٨١.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٦ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١٤.
(٨) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٧ ذيل ح ١٤، والاستبصار: ج ٣ ص ٤٢ ذيل ح ١٤٢.
(٩) النهاية: ص ٣٤٤.
(١٠ و١١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٢ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٢ و٣.

ورواية جابر[١] العاميّة: أنّ رجلين اختصما عند رسول الله ﷺ في دابّة أو بعير فأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّه أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للّذي في يده.

والخبر الأوّل لم يذكروه في الاستدلال. وظنّ الشهيدان وغيرهما كالآبي ونحوه أنّ الشيخ استدلّ بالخبرين الأخيرين في الخلاف على التقديم مع الشهادة بالملك المطلق، فقال الشهيدان: إنّهما أخصّ من المدّعى. وقد علمت الحال في عبارة الخلاف.

والقول الأوّل أقوى، لأنّ خبر إسحاق قاصر الدلالة ورواية جابر عاميّة، وموثّقة غياث لا بأس بها، إلّا أنّها لا تقاوم الإجماعات المنقولة، وخبر منصور المؤيّد بالشهرة فضلاً عن الإجماع المنقول مضافاً إلى أنّه معلّل مرّتين والمعلّل مقدّم على غيره، وفيها إشارة إلى الخبر المستفيض إلى غير ذلك. وليس لك أن تقول: إنّ الخبر المستفيض إنّما دلّ على أنّ المدّعى عليه لا يحتاج إلى بيّنة لا أنّ بيّنته لا تسمع مع بيّنة المدّعي، لأنّ ذلك خلاف ظاهر خبر منصور، على أنّه في «كشف الرموز[٢]» قال: إنّ خبر غياث قضيّة في عين.

الفرقة الثالثة: ترجيح الخارج مطلقاً سواء شهدتا بالملك المطلق أو المقيّد ـ أعني السبب ـ أو تفرّقتا بأن شهدت إحداهما بالمطلق والأُخرى بالمقيّد. وهو مذهب العجلي[٣] والشيخ في كتاب البيوع[٤] وأبي المكارم[٥] وأبي يعلى[٦] كما يظهر من إطلاقهم واستدلالهم. ونقله في «غاية المراد[٧]» عن الكيدري، قال: وهو ظاهر الصدوقين حيث أطلقا وابن حمزة وإن كان الصدوق قال بترجيح أعدل البيّنتين ومع التساوي يقدّم الخارج. واستدلّ لهم بالخبر المشهور وخبر منصور.

---

(١) راجع السنن الكبرى: ج ١٠ ص ٢٥٦. (٢) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥١١.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ١٦٨. (٤) الخلاف: ج ٣ ص ١٣٠ المسألة ٢١٧.

(٥) غنية النزوع: ص ٤٤٣. (٦) المراسم: ص ٢٣٤. (٧) غاية المراد: ج ٤ ص ٧١.

قلت: ينبغي أن ينسب إلى المفيد أيضاً، لأنّ الصدوق والمفيد حكموا بترجيح بيّنة الخارج بعد التساوي عدالة وزاد المفيد[١] أو عدداً لخبر أبي بصير[٢] سأل الصادق عليه السلام عن رجل يأتي القوم فيدّعي داراً في أيديهم ويقيم البيّنة ويقيم الّذي في يده الدار أنّه ورثها عن أبيه لا يدري كيف كان أمرها؟ فقال: أكثرهم بيّنة يستحلف ويدفع إليه. قال الصدوق[٣]: لو قال الّذي في يده الدار أنّها لي وهي ملكي وأقام على ذلك بيّنة وأقام المدّعي على دعواه بيّنة كان الحقّ أن يحكم بها للمدّعي، لأنّ الله عزّ وجلّ إنّما أوجب البيّنة على المدّعي ولم يوجبها على المدّعى عليه، ولكنّ هذا المدّعى عليه ذكر أنّه ورثها عن أبيه ولا يدري كيف أمرها فلهذا وجب الحكم باستحلاف أكثرهم بيّنة ودفع الدار إليه، انتهى.

وأمّا ابن حمزة فإنّه قال: وإن كانت في يد أحدهما فإن تكرّر ملكها كالأواني المصنوعة من الذهب والفضّة وشبههما وكان لكلّ واحدة منهما بيّنة على سواء فهي لصاحب اليد، وإن كانت ممّا لا تكرّر، فإمّا أن يكون لكلّ منهما بيّنة مطلقة فيحكم به لليد الخارجة ... إلخ[٤]. وعدّ قول ابن حمزة مذهباً على حدة أولى كما يأتي.

وهذا القول ـ أعني تقديم الخارج مطلقاً ـ قويّ جدّاً والترجيح بكثرة العدالة لضعف دليله لم نقل به. وأمّا الترجيح بكثرة العدد فلا أرى بأساً بالقول به لمكان صحيح أبي بصير، وقد عمل به المفيد وتبعه على ذلك الأردبيلي[٥] والخراساني[٦] والكاشاني[٧]، ولكن ينبغي أن يقولوا بالحلف أيضاً كما تضمّنه الخبر. وفي

(١) المقنعة: ص ٧٣٠ ـ ٧٣١.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨١ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٣) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ٦٥ ذيل ح ٣٣٤٨.
(٤) الوسيلة: ص ٢١٩.
(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٧.
(٦) كفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٣٠.
(٧) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٧١.

«الدروس[1]» أنّ الترجيح بكثرة العدد والعدالة، وإلّا فالخارج مذهب أكثر القدماء، وقد تقدّمت الإشارة إلى ذلك.

القول الثاني: ما نسب إلى الشيخ في دعاوي الخلاف من تقديم بيّنة الداخل إلّا أن تشهد بيّنة بمطلق الملك وبيّنة الخارج بالسبب وأنّه استدلّ على ذلك بخبر غياث وجابر، وقد مرّ[2] التحقيق.

القول الثالث: مذهب أبي الصلاح[3] وهو ترجيح الخارج إن شهدت بيّنة الداخل باليد وإن شهدتا بالملك تقدّم بيّنة الداخل.

القول الرابع: ما ذهب إليه أبو علي[4] حيث رجّح اليد مع تساوي البيّنتين وحكم بإحلافهما، فإن حلفا جميعا أو أبيا أو حلف الّذي في يده كان محكوماً بها للّذي في يده وإن حلف حكم بها للحالف. قال: ولو اختلف أعداد الشهود وكان الّذي هي في يده أكثر شهوداً كان أولى باليمين إن بذلها فإن حلف حكم له بها. ولو كان الأكثر شهوداً الّذي ليست في يده فحلف وأبى الّذي هي في يده أن يحلف أُخرجت ممّن كانت في يده وسُلّمت للحالف مع شهوده الأكثرين، انتهى. ولعلّه أراد الجمع بين نصوص تقديم الداخل وما أطلق من النصوص بتقديم الأرجح من البيّنتين.

القول الخامس: ما ذهب إليه الشيخ في «كتابي الحديث» وظاهر «النهاية» حيث قدّم الداخل إذا شهدتا بالسبب كما عرفت.

القول السادس: ما ذهب إليه ابن حمزة، حيث قال: وإن كانت في يد أحدهما فإن تكرّر ملكها كالأواني من الذهب والفضّة وشبههما وكان لكلّ واحد منهما بيّنة على سواء فهي لصاحب اليد، وإن كانت ممّا لا يتكرّر فإمّا أن يكون لكلّ واحد

---

(١) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠١. (٢) تقدّم النقل عنه والتحقيق فيه في ص ٥٧٥ ـ ٥٧٣.
(٣) الكافي في الفقه: ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠. (٤) نقله عنه العلّامة في المختلف: ج ٨ ص ٣٧١.

منهما بيّنة مطلقة فيحكم بها لليد الخارجة، أو مقيّدة بالتاريخ فيحكم للسابق، أو أحدهما مقيّدة بالتاريخ والأُخرى مطلقة فالحكم للمقيّدة، أو كانتا مقيّدتين بالإضافة إلى ابتياع أو هبة أو معاوضة من واحد فيحكم لصاحب اليد، وإن كان من شخصين فإن كان الملك وقت الانتقال لمن انتقل منه إلى صاحب اليد حكم له، وإن كان لمن انتقل منه إلى اليد الخارجة كان له[1].

هذا، والروايات مختلفة في الظاهر كأقوال الفقهاء.

وقال الشيخ في «كتابي الأخبار»: الّذي أعتمده في الجمع بين هذه الأخبار هو أن البيّنتين إذا تقابلتا فلايخلو إمّا أن يكون مع أحدهما يد متصرّفة أو لم يكن، فإن لم تكن مع واحدة منهما يد متصرّفة وكانتا جميعاً خارجتين فينبغي أن يحكم لأعدلهما شهوداً وتبطل الأُخرى، وإن تساويتا في العدالة حلف أكثرهما شهوداً. وهو الّذي تضمّنه خبر أبي بصير المتقدّم ذكره. وما رواه السكوني من أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام قسمها على عدد الشهود، فإنّما يكون ذلك على جهة المصلحة والوساطة بينهما دون مُرّ الحكم، وإن تساوى عدد الشهود أُقرع بينهم فمن خرج اسمه حلف بأنّ الحقّ حقّه، وإن كان مع إحدى البيّنتين يد متصرّفة فإن كانت البيّنة إنّما تشهد له بالملك فقط دون سببه انتزع من يده وأُعطي اليد الخارجة، وإن كانت بيّنة بسبب الملك إمّا بأن يكون بشرائه أو نتاج الدابّة إن كانت دابّة أو غير ذلك وكانت البيّنة الأُخرى مثلها كانت البيّنة الّتي مع اليد المتصرّفة أولى. فأمّا خبر إسحاق بن عمّار خاصّة بأنّه إذا تقابلت البيّنتان حلف كلّ واحد منهما فمن حلف كان الحقّ له، وإن حلفا كان الحقّ بينهما نصفين، فمحمول على أنّه إذا اصطلحا على ذلك، لأنّا قد بيّنا ما يقضي الترجيح لأحد الخصمين مع تساوي بيّنتهما

---

(١) الوسيلة: ص ٢١٩.

ولو أقام الداخل بيّنة لم تسقط عنه اليمين.

باليمين له وهو كثرة الشهود أو القرعة، وليس هنا حالة توجب اليمين على كلّ واحد منهما. وهذه الطريقة تأتي على جميع الأخبار من غير إطراح شيء منها وتسلم بأجمعها. وأنت إذا فكرّت فيها رأيتها على ما ذكرت لك إن شاء الله تعالى [1].

لقد تفكرّت فيها غير مرّة فوجدت خبر أبي بصير صريحاً في كون أحدهما داخلاً والآخر خارجاً فكيف يمكن حمله على ما إذا كانا خارجين؟ إلّا أن يستدلّ بما نقل فيه من قضاء أميرالمؤمنين عليه السلام بحمله على الخارجين كما سيأتي. وأمّا خبر إسحاق فظاهره أنّه كان بأيديهما وأقاما جميعاً البيّنة، والحلف مخالف للمشهور ولم يتعرّض له، ويمكن حمله على عدم البيّنة، لكنّ العبارة صريحة في البيّنة. ويأتي الكلام فيه مستوفى. ثمّ إنّ قوله: «كانت البيّنة مع اليد المتصرّفة أولى كما يدلّ عليه خبر غياث» ينافيه خبر منصور. وترجيح الأعدل على الأكثر عدداً يأتي بيان الوجه فيه، فمناقشة الأردبيلي لا وجه لها. ثمّ إنّ بعض الأخبار بقي خالياً عن الحمل. وقد ترك بعض الاحتمالات وهو ما إذا كان لكلّ واحد منهما يدّ متصرّفة كما في خبر إسحاق. ولعلّه جعله مثل ما إذا لم يكن لأحدهما يد متصرّفة، فتأمّل جيّداً.

هذا، وتمام الكلام في المسألة يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في تعارض البيّنات في آخر القضاء.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقام الداخل بيّنة لم تسقط عنه اليمين﴾ هذا إذا لم يقم الخارج بيّنة. والوجه في ذلك: أنّ شأنه اليمين دون البيّنة،

---

(١) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٧ ذيل ح ١٤، الاستبصار: ج ٣ ص ٤٢ ذيل ح ١٤٢.

ولو أقام الخارج انتزعها.

ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما.

ولأنّ البيّنة لا تدفع الانتقال. قال في «التحرير[1]»: ولو كان له خصم لا بيّنة له فأراد إقامة البيّنة لدفع اليمين عنه فيه احتمال أنّها لا تُسمع، إذ الأصل في جانبه اليمين وإنّما يعدل إلى البيّنة حيث لا يكفيه اليمين، والوجه عندي السماع كما تسمع بيّنة المودع وإن قدر على اليمين، انتهى. وقال المصنّف في البحث الرابع في أسباب الترجيح[2]: إنّه لذي اليد إقامة البيّنة لإسقاط اليمين. وسيأتي تمام الكلام في محلّه.

قوله: ﴿ولو أقام الخارج بيّنة انتزعها﴾ أي لو أقام الخارج خاصّة البيّنة انتزعها، لأنّه ليس للداخل الامتناع بحلف أو إحلاف.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما﴾ لو قال: «بعد يمينهما» لكان أخصر. ومراده بعد اليمين من الثالث ومن صدّقه. وهذا الحكم ذكروه من دون خلاف فيه، لأنّ التصديق بمنزلة اليد، إلّا ما سيأتي من احتمال العدم، لأنّ المصدّق له هو المتصرّف وذو اليد والمنكر، والآخر هو الخارج والمدّعي، فهو مثل ما إذا كان بيد أحدهما خاصّة فالقول قوله مع يمينه كما في غيره، وللرجحان الظاهر وصدق المتصرّف. والمصدّق يحلف للآخر إن ادّعى علمه بملكه لفائدة دفع الغرم عن نفسه، لأنّه إن امتنع حلف الآخر وأُغرم، لا لفائدة القضاء بالعين، لكنّه إذا سلّمه أحدهما ثمّ أقرّ به لآخر غرمه له للإتلاف. والظاهر أنّه ليس في ذلك خلاف.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٩٠.

(٢) قواعد الأحكام: ج ٣ ص ٤٨٩.

ولو كذّبهما معاً أُقرّت في يده بعد أن يحلف لهما. ولو صدّقهما كانت بينهما بالسويّة وأحلف لهما وأحلف كلّ لصاحبه.

ولو قال: ليست لي أو لا أعرف صاحبها أو هي لأحدكما ولا أعرف عينه أُقرع بينهما، لتساويهما في الدعوى وعدم البيّنة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أكذبهما معاً أُقرّت في يده بعد أن يحلف لهما﴾ إن ادّعيا عليه العلم، ولا يجب عليه نسبة التملّك إلى نفسه أو إلى غيره كما في «التحرير[1]» وإنّما يحلف لهما لأنّهما مدعيان عليه، فإن نكل فكما إذا كانت لا يد لأحد عليها، فإن حلفا اقتسماها، وكذا إذا نكلا، وإن حلف أحدهما خاصّة كان له.

قوله: ﴿ولو صدّقهما كانت بينهما بالسويّة وأُحلف لهما وأُحلف كلٌّ لصاحبه﴾ الظاهر عدم تفاوت الحال في التصديق بين أن يقول الكلّ لكلّ منهما وبين أن يقول لكلّ واحد نصفها، فتأمّل. ولو قال: «لو صدّقهما فهي لهما بعد حلفهما أو نكولهما، ولهما أو لأحدهما إحلافه إن ادّعيا أو أحدهما علمه» لكان أخصر وأشمل.

وليعلم: أنّه إذا نكل المصدّق حلف المدّعي وغرم له النصف، وإن نكل أحد المدّعيين كان الكلّ للآخر وغرم الثالث النصف إن كان سلّمه إلى الناكل الّذي ادّعى عليه الحالف العلم فأراد تحليفه فنكل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو قال: ليست لي أو لا أعرف صاحبها أو هي لأحدكما ولا أعرف عينه أُقرع بينهما﴾ هذا إنّما يتمّ في

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٤.

ولو كان لأحدهما بيّنة حُكم له بها وحلف للآخر.

الجميع إذا انحصر المالك فيهما إذا كانوا ثلاثة هم في طريق فأودعه أحدهما العين أو نحو ذلك. وقد حكم المصنّف هنا بالقرعة لتساويهما في الدعوى وعدم البيّنة، لكن لا يدفع لمن خرجت له القرعة إلّا باليمين، كما صرّح به المصنّف في «التحرير[1] والتذكرة[2]» في كتاب اللقطة إذا وصفاها، فإن حلف من خرجت له القرعة كانت له فإن نكل حلف الآخر، فإن نكلا قسمت بينهما. وفي «التحرير» في موضع آخر[3] بعد هذا بقليل احتمل القسمة من أوّل الأمر، قال: ولو قال من هي في يده: ليست لي ولا أعرف لمن هي احتمل القسمة والقرعة ولابدّ من الإحلاف على التقديرين. وقال في موضع آخر من «التذكرة[4]» بتحالفهما، فإن حلفا أو نكلا كانت بينهما وإلّا فللحالف. وقال المصنّف في وديعة هذا الكتاب: إنّ الوديعة تبقى في يد الثالث، وعلّله المحقّق الثاني[5] بأنّ يده في الأصل يد أمانة والأصل بقاؤها، ثمّ قال: ويحتمل أنّه إذا قال المال لهما ولا أعلمه أن ينتزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إيّاه، ولم يذكر القرعة ثمّ ضعّفه بأنّ المطالبة المقتضية للعزل هي الّتي يجب معها التسليم وهو ممتنع هنا فلا يكون واجباً. وتمام الكلام في باب الوديعة[6] في هذه المسائل كلّها.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان لأحدهما بيّنة حكم له بها وحلف للآخر﴾ إن شهدت البيّنة بالملك الآن فلا حاجة إلى اليمين وإنّما يحتاج إليه إذا شهدت بثبوت الملك له فيقوم حينئذٍ احتمال انتقال الملك والبيّنة

(١ و٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٤ و١٨٦.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١٧ ص ٢٧١.

(٤) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ٢٢١.

(٥) جامع المقاصد: ج ٦ ص ٥٣ ـ ٥٤.

(٦) تقدّم الكلام في ج ١٧ ص ٣٦٤ ـ ٣٦٥.

كذلك لا تدفعه. وظاهر المصنّف أنّ ذلك جارٍ في جميع هذه الصور المذكورة، ويشكل هذا في صورة تصديق أحدهما خاصّة فإنّه ذو اليد كما ذكر أوّلاً، لأنّ ذا البيّنة إن كان المصدّق له فهو ذو اليد فوظيفته اليمين وبيّنته لغو، وإن كان الآخر كفت بيّنته، لأنّه خارج فوظيفته البيّنة ولا احتياج إلى اليمين، بل هذه تنحلّ إلى المسألة الخلافيّة من تشبّث أحدهما. ويأتي فيها الخلاف السالف من ترجيح الداخل أو الخارج، فتأمّل. ويمكن أن يخصّ بما عدا هذه الصورة من تصديقهما وإنكارهما وحلفهما ونكولهما كما سيأتي له أنّه إذا أنكرهما الثالث فأقام أحدهما بيّنة حكم له. ويحتمل بعيداً أن يكون الحالف هو الثالث، لأنّه لو صدّق الآخر لنفعه قبل إقامة البيّنة إذا كانت تسلّم إليه. ووجه البعد أنّ الحيلولة لم تحصل بتكذيبه بل بالبيّنة.

ثمّ إنّي وجدت عن حاشية السيّد[1] أنّه قال: يبنى على أنّه صدّقهما ثمّ أقام أحدهما بيّنة حلف للآخر، لأنّه مدّعى عليه فيحلف له صاحب البيّنة، وهو وجه لابأس به. والحقّ أنّ هذا وما بعده فرع على قوله: «ليست لي ولا أعرف صاحبها» وترك تفريع هذا الفرع على ما إذا صدّقهما أو صدّق أحدهما للعلم به ممّا سلف. وأمّا تفريعه على ما لو كذّبهما فسيأتي عند قوله: «ولو أنكرهما» فإنّه سيفرّع على صورة الإنكار جميع ما فرّعه عليه صورة ما إذا قال: «ليست لي ولا أعرف صاحبها ... إلخ». وبهذا يندفع ما يظهر من التكرار في العبارة. وكذا قوله: ولو أقام بيّنة قُضي لأرجحهما ... إلخ، لأنّه ليس متفرّعاً على ما إذا صدّق أحدهما قطعاً، لأنّ المصدّق يصير صاحب يد ويأتي فيه الخلاف السالف. فينبغي ملاحظة العبارة أكمل ملاحظة حتّى يدرك منهما ما قلناه وبه ترتفع كلّ وصمة عن العبارة.

---

(١) الظاهر أنّه الاعرجي ﷺ.

ولو أقاما بيّنة قُضي لأرجحهما عدالة، فإن تساويا فلأكثرهما عدداً، فإن تساويا أُقرع بينهما فمن خرج اسمه أُحلف وأُعطي الجميع.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقاما بيّنة قُضي لأرجحهما عدالة، فإن تساويا فلأكثرهما عدداً، فإن تساويا أُقرع﴾ كما في ظاهر «المقنعة[1]» وصريح «النهاية[2] والتهذيب[3] والاستبصار[4] والمقنع والرسالة الصدوقية[5] والخلاف[6] والكافي[7] والغنية[8] والوسيلة[9] والشرائع[10] والنافع[11] وكشف الرموز[12] والتحرير[13] والإرشاد[14] والمختلف[15] والتبصرة[16] والإيضاح[17] واللمعة[18] والمهذّب[19] والتنقيح[20] وتعليق النافع والروضة[21] وغاية المرام[22] والمفاتيح[23]» وهو ظاهر «التذكرة[24]» في كتاب اللقطة، لأنّه قال: وإن لم يكن مع إحدى البيّنتين ترجيح فالقرعة. وهو المنقول عن القاضي[25] وابن

---

(١) المقنعة: ص ٧٣٠ ـ ٧٣١.
(٢) النهاية: ص ٣٤٣.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٧.
(٤) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٢.
(٥) المقنع: ص ٣٩٩ ـ ٤٠٠.
(٦) الخلاف: ج ٦ ص ٣٣٣ المسألة ٤.
(٧) الكافي في الفقه: ص ٤٣٩ ـ ٤٤٠.
(٨) غنية النزوع: ص ٤٤٣.
(٩) الوسيلة: ص ٢٢٠.
(١٠) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١١.
(١١) المختصر النافع: ص ٢٧٨.
(١٢) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠٩ ـ ٥١٠.
(١٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٦.
(١٤) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٥٠.
(١٥) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٦.
(١٦) تبصرة المتعلّمين: ص ١٨٩.
(١٧) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٨٠.
(١٨) اللمعة الدمشقيّة: ص ٩٨.
(١٩) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٩٤.
(٢٠) التنقيح الرائع: ج ٤ ص ٢٨٢.
(٢١) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١٠٧.
(٢٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٦٠.
(٢٣) مفاتيح الشرائع: ج ٣ ص ٢٧٢.
(٢٤) تذكرة الفقهاء: ج ١٧ ص ٢٦٩.
(٢٥) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٢.

سعيد[١]. وهو ظاهر الحسن على ما نقل عنه[٢]. وهو المشهور كما في عدّة مواضع[٣]. ولم يذكره في المراسم وتوقّف عن الحكم في «الدروس والمسالك والكفاية» واستشكل في المجمع[٤] وخالف فيه الأصحاب كما يأتي. واضطربت عبارة «السرائر» اضطراباً لايرجى تأويله ولا يمكن تصحيحه وذلك في صفحة واحدة. ثمّ إنّه مع ذلك خالف المشهور في مواضع: الأوّل: إنّه اعتبر التفاضل في العدد قبل اعتبار التفاضل في العدالة وادّعى عليه الإجماع. الثاني: منع من الترجيح بقدم الملك بعد أن نفى عنه الخلاف أوّلاً. الثالث: إنّه منع من الترجيح بالسبب مع أنّه قال قبل ذلك: هو الّذي أفتي به، لأنّ فيه جمعاً بين الأحاديث وعليه الإجماع فإنّ المحصّلين من أصحابنا مجمعون عليه قائلون به[٥] انتهى.

لنا على المختار إجماع «الخلاف والغنية» وخبر عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق عليه السلام كان عليّ عليه السلام إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء وعددهم سواء أقرع بينهم على أيّهم يصير اليمين[٦]. فهذا دلّ على الترجيح بالكثرة والعدالة، وخبر أبي بصير عن الصادق عليه السلام إنّ عليّاً عليه السلام أتاه قوم يختصمون في بغلة ... فقضى بها لأكثرهم بيّنة واستحلفهم[٧]. ومثله مرسلة داود عنه عليه السلام[٨] الحكم بالقرعة مع تعديل الشهود واعتدالهم. وقريب منه مضمرة سماعة[٩].

---

(١) نقله عنه الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٩٠.
(٢) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٧٠.
(٣) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٨٩، ومسالك الأفهام: ج ١٤ ص ٨٧، وكفاية الأحكام: ج ٢ ص ٧٣٠.
(٤) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٧.
(٥) السرائر: ج ٢ ص ١٧٠.
(٦) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٣ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٥.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨١ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٨) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٤ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٨.
(٩) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ١٨٥ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١٢.

وأمّا النصوص على القرعة فكثيرة جدّاً.

هذا، وخبر عبدالرحمن وإن كان ضعيفاً بمعلّى بن محمّد كما سلفت الإشارة إليه[1] إلّا أنّه منجبر هنا بفتوى المعظم. وخبر أبي بصير وإن تضمّن صدره كون أحدهما داخلاً والآخر خارجاً إلّا أنّ ما تضمّنه من قضيّة البغلة يحتمل أمرين، وذلك لأنّا إمّا أن نقول: إنّه ظاهر في كون البغلة خارجة عنهما كما فهمه معظم الأصحاب، أو نقول: إنّه يحتمل أن تكون في أيديهما أو خارجة عنهما أو في يد أحدهما، وقد أجمع الأصحاب على عدم اعتبار الترجيح بما ذكر في الأوّل والثالث بقي الثاني.

وأمّا الترتيب: فيدلّ عليه الإجماع المنقول في موضعين كما عرفت، ويشير إليه خبر عبدالرحمن حيث قدّم اعتبار العدالة على العدد. وإنّما قلنا: يشير إليه، لأنّ الواو لا تفيد الترتيب. وربّما أيّده الاعتبار إذا كان المدار في البيّنة على العدالة، والمدار في إثباتها وتحقّقها على الظنّ بها أو العلم، ولا شكّ أنّه كلّما تكثّرت آثارها قوي الظنّ بوجودها أو حصل اليقين بتحقّقها، إلّا أن تقول: إنّ العدالة تكفي للشهادة. وأمّا أنّ زيادتها تفيد الترجيح فلا، وذلك بخلاف زيادة الشاهد فهو بمنزلة دليل آخر، ولا شكّ في تقديم ما دليله أكثر على غيره، لكنّ هذا يسقط بعد نقل الإجماع أو العلم، به إذ المخالف نادر كما عرفت، وما ذاك إلّا لدليل قادهم إليه لم نطّلع عليه أو فهموا ذلك ممّا ذكرناه، وإلّا فما بالهم لم يعتبروا ذلك فيما إذا كانت العين في أيديهما أو في يد أحدهما وإنّما ذكره بعض القدماء كما سلف[2].

ثمّ الظاهر أنّ هذا الحكم إنّما هو في ما إذا أنكرهما الثالث أو قال: لا أدري، أمّا لو صدّقهما أو صدّق أحدهما بُني الحكم على ما سلف من التنصيف

---

(١) سلفت في ص ٥٦٢.

(٢) سلف في ص ٥٦١ و ٥٧٧.

في الأوّل من تقديم الخارج أو الداخل في الثاني، لأنّ التصديق يد. وهذا وإن لم يذكروه بل لم يذكروا في المسألة شيئاً ممّا ذكرنا، إلّا أنّه مأخوذ في كلامهم لما عرفت فيما سلف.

ثمّ إنّي وجدته في «التحرير» قال: لو أقرّ الثالث بها لأحدهما مع تعارض البيّنتين المتساويتين عدالة وعدداً هل ينزّل إقراره منزلة اليد أم لا؟ ثمّ قال: وإن قلنا: إنّ إقراره ليس كاليد فهل يرجّح به صاحب التصديق؟ الأقرب العدم، لأنّ هذه يد مستحقّة الإزالة بالبيّنتين[1]. ويمكن أن نجري بكلامهم على إطلاقه وندّعي عليه إجماعهم المنقول والمعلوم، فتأمّل.

وأمّا الحلف: فلا بدّ منه لمن قُدّمت بيّنته أو خرج اسمه، لاحتمال انتقال الملك، فإنّ البيّنة إنّما تشهد بثبوت الملك له وهو لا يدفع الانتقال، ولنصّ الأكثر عليه وورود النصّ به كما في الخبرين المذكورين وللاحتياط، بل الأصحاب قطعوا به ما عدا «التحرير» فإنّه جعله فيه أقرب. ولعلّه محمول على ما إذا شهدت البيّنتان بالملك الآن، فإنّ الظاهر أنّه حينئذٍ لا يمين، لكنّ الأقرب اعتبارها لإطلاق النصّ والفتوى.

والظاهر الّذي يقوى في نفسي أنّه يحلف على نفي ما ادّعاه الآخر، لكنّهم قالوا: إنّه يحلف على صدق شهوده وأنّ الحقّ له[2]. ولعلّه محمول على ما ذكرنا.

وليعلم أيضاً: أنّ هذا الحكم فيما إذا شهدتا بالملك المطلق أو بالسبب، ولو شهدت إحداهما بالسبب رجّحت. وليس هذا ما سيحكيه المصنّف عن الشيخ. وهذا أيضاً معلوم من كلامهم، وقد تقدّم ما يدلّ عليه ويأتي أيضاً.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٨٧. (٢) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٩٠.

فإن نكل أُحلف الآخر وقُضي له، فإن نكلا قُسم بينهما. وقيل: يُقضى بالقرعة مع الإطلاق ويقسم مع الشهادة بالسبب ويختصّ ذو السبب.

ثمّ الظاهر بل المقطوع به كما في «السرائر[1]» أنّ المراد بزيادة العدالة هي المواظبة على الأعمال الصالحة والمندوبات وإن كانت الأُخرى غير مخلّة بواجب ولا مرتكبة لقبيح. وليس المراد بأرجحهما عدالة أنّ عدالة المجموع ترجّح على المجموع للزوم تجزّي العدالة، فتأمّل، فلعلّ المراد أنّ الترجيح بالنسبة إلى كلّ واحد من الشهود لكنّه لا يلزم منه الترجيح على المجموع، والأمر في ذلك سهل.

فقد بان الوجه فيما حكم الأصحاب في المسألة وأطرافها. فلا وجه هناك يوجب التوقّف والتشكيك أو مخالفة الأصحاب كما صنع الأردبيلي حيث قال بالترجيح وقدّم اعتبار الأكثر عدداً على الأعدليّة وقال: إنّه لا دليل على ما ذكره الأصحاب في أحكام تعارض البيّنات[2]، وقلّما يوجد مسألة يحصل فيها اليقين بالحكم، فالمدار في زمن الغيبة على الظنون وإنّما يحصل بعد فضل التأمّل ومعاودة النظر وتحسين الظنّ بالأصحاب وملاحظة مطاوي كلامهم، ولا ينبغي المبادرة إلى الردّ عليهم والتأمّل في حكمهم وإيقاع الناس في الحيرة، وليس عليهم بيان الوجه، بل على الناظر في كلامهم تحصيله. وهذا أمر ظاهر لا يحتاج إلى بيان وإنّما جرى به القلم لأمر اقتضاه المقام.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وقيل: يُقضى بالقرعة ويُقسم مع الشهادة بالسبب ويختصّ ذو السبب﴾ هذا مذهب الشيخ في «المبسوط[3]» ولم أجد أحداً وافقه عليه وكأنّه قصد بذلك الجمع بين أخبار القرعة وخبري غياث

---

(١) السرائر: ج ٢ ص ١٧٠.
(٢) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٣٨.
(٣) المبسوط: ج ٨ ص ٢٥٨.

ولو أنكرهما فأقام أحدهما بيّنة حُكم له،

وابن طرقة، ففي خبر غياث: أنّ أميرالمؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابّة وكلاهما أقاما أنّه أنتجها، فقضى بها للّذي في يده، قال: لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين[1]، وفي خبر ابن طرفة إنّ رجلين ادّعيا بعيراً فأقام كلّ واحد منهما بيّنة فجعله علي عليه السلام بينهما[2]. والخبران ضعيفان مع احتمال كون البعير بيدهما، وخبر غياث يحتمل أن يحمل على ما حمل عليه الشيخ خبر إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام: إنّ رجلين اختصما إلى أميرالمؤمنين عليه السلام في دابّة في أيديهما وأقام كلّ واحد منهما البيّنة أنّها نتجت عنده فأحلفهما عليه السلام فحلف أحدهما وأبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف. فقيل له عليه السلام: لو لم تكن في يد واحد منهما وأقاما البيّنة؟ قال: أحلفهما فأيّهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين. فإنّه قد حملها الشيخ في «التهذيب[3] والاستبصار» على أنّهما اصطلحا على ذلك. وقال في «الإستبصار» يمكن أن يكون ذلك نائباً عن القرعة بأن لا يختار القرعة وأجاب كلّ واحد إلى اليمين ورأى ذلك الإمام صواباً، لأنّه مخيّر بين العمل على ذلك والعمل على القرعة[4]. فخبر غياث يحتمل ذلك، فتأمّل. وقد سلف أنّه قال في «كشف الرموز»: إنّ خبر غياث قضيّة في واقعة، وقد احتملنا فيما سلف على بعد حمله على عدم البيّنة، وقد سلف أنّ أبا علي عمل بظاهر خبر إسحاق، فتذكّر.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أنكرهما فأقام أحدهما بيّنة

(١ و ٢) وسائل الشيعة: ج١٨ ص١٨٢ ـ ١٨٣ ب ١٢ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح٢ و٤.
(٣) تهذيب الأحكام: ب ٩٠ ج ٦ ص ٢٣٨ ذيل ح ١١.
(٤) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٣ ذيل ح ١٤٢.

وإن أقاما بيّنتين أُقرع.

وإن أقرّ بها بعد إنكاره لهما أو لأحدهما قبل إقراره إذا لم يكن بيّنة.

حكم له﴾ هذا يشير إلى أنّ قوله سابقاً: «ولو كان لأحدهما بيّنة ... إلخ» أراد به ما عدا صورة الإنكار وهو ما إذا قال: «ليست لي ولا أعرف ... إلخ» فلا تكرار. وقد ترك ذكر الحلف للآخر هنا للعلم به فيما سلف، أو لأنّ ذلك إنّما يجب إذا أراد الآخر انتزاع العين من ذي البيّنة بعد تسليمها إليه، فإنّه إذا شاء ذلك ادّعى عليه وأحلفه، فإن حلف فلا كلام، وإن نكل حلف الآخر وأخذها. وقد يُفهم باديُ بدء أنّ هذا الكلام وما بعده تكرار والظاهر أنّه ليس كذلك، لأنّه لم يطل العهد وإنّما أراد بقوله «ولو أنكرهما ... إلخ» وبقوله بعده «ولو أقاما بيّنتين أُقرع» إيضاح حال حكم إقامة أحدهما البيّنة وإقامتهما إيّاها بعد الإنكار، لأنّه فيما سلف لم ينصّ على ذلك وإنّما فرّعه على ما إذا قال: لا أدري ولا أعرف صاحبها كما تقدّم بيانه فيما سلف[1].

قوله: ﴿وإن أقاما بيّنتين أُقرع﴾ يريد أنّهما إذا أقاما بعد الإنكار بيّنتين متساويتين عدالة وعدداً أُقرع فمن أخرجته القرعة حلف وأخذ الجميع، فإن نكل حلف الآخر وقُضي له، فإن نكلا قسم بينهما كما مرّ، وترك التصريح بذلك كما ترك بيان أنّ القرعة إنّما يصار إليها عند عدم الترجيح بالأعدليّة أوّلاً وكثرة العدد ثانياً للعلم بذلك ممّا تقدّم.

قوله: ﴿وإن أقرّ بها بعد إنكاره لهما أو لأحدهما﴾ هاتان الصلتان قد

---

(١) تقدّم في ص ٥٨١.

وإن أقرّ لأحدهما ابتداءً من غير سبق إنكار صار المقرّ له صاحب اليد.

تنازع فيه العاملان فكأنّه قال: وإن أقرّ بها لهما أو لأحدهما بعد إنكاره لهما أو لأحدهما فإنّه يقبل إقراره، فإذا أقرّ لهما كانت كأنّها في أيديهما، وإذا أقرّ لأحدهما كانت كأنّها في يده ويكون الحكم في الإقرار كالحكم في المسألتين، لأنّ الثالث لمّا كان ذا يد ظاهرة في الملك يكون المقرّ له صاحب يد وتجري عليه الأحكام السالفة والخلاف فيها، إلّا فيما إذا كان الإقرار بعد التحالف أو إقامة البيّنة فإنّ الإقرار لا ينفع لأنّ اليد لا تفيد. نعم إذا أقاما بيّنتين فأقرّ لأحدهما قبل الترجيح بينهما فإنّه يحتمل إفادتها ويصير المقرّ له بعد الإنكار له صاحب يد وترجّح بيّنة الآخر عليه أو بيّنته على بيّنة الآخر على الخلاف. ويحتمل عدم الفائدة حينئذ، لأنّ يد الثالث المقرّ بعد الإنكار قد صارت مستحقّة للإزالة بعد إقامة البيّنتين فلا أثر لتصديقه. نعم إذا كان الإقرار من دون إنكار كما يأتي كان المقرّ له صاحب يد، لأنّه أقرّ له صاحب اليد الظاهرة في الملك فتكون العين له إن لم تكن بيّنة إلّا أن يحلفه الآخر فينكل ويحلف الآخر. وإذا أقرّ بها كلّها لأحدهما وسلّمها له وأنكر الآخر ثمّ إنّه أقرّ بها له على الانفراد أو التشريك يُقبل إقراره الأوّل والثاني ويغرم لمن أقرّ له ثانياً المثل أو القيمة كما قرّره في الإقرار[1]، وعند الشيخ في «المبسوط» أن لا غرم ولا يمين كما يأتي التنبيه عليه، أو نقول: إنّ الظرفين صلة أقرّ وصلة إنكاره محذوفة تقديرها بعد إنكاره لهما معاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن أقرّ لأحدهما ابتداءً من غير

---

(١) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧.

ولو قال: هي لأحدكما لا أعرفه عيناً أو لا أعرف صاحبها أ هو أحدكما أو غيركما، أو قال: أودعنيها أحدهما أو رجل لا أعرفه عيناً فادّعيا عليه العلم حلف لكلّ منهما على نفي العلم، وإن صدّقاه فلا يمين عليه. ولو صدقه أحدهما حلف للآخر. وإن أقرّ بها لأحدهما أو لغيرهما صار المقرّ له صاحب اليد، فإن قال غير من أقرّ له: احلف لي على أنّها ليست ملكي أو لست المودع لك حلف.

سبق إنكار صار المقرّ له صاحب اليد﴾ هذا ظاهر في التكرار، لأنّه قال أوّلاً: ولو كانت في يد ثالث حكم لمن يصدّقه بعد اليمين منهما. وقد يدفع ذلك بأنّ ما تقدّم إنّما كان فيه أنّ العين لمن يصدّقه ولم يصرّح فيه أنّ المصدّق يصير صاحب يد فتأمّل فيه. وقد يقال: إنّ ما سلف بناه على أنّ اليد لم تكن فيه يد ملكيّة كأن تكون يد عارية أو إجارة. وبالجملة اليد هناك يد ثالث لا يدّعي العين، وأمّا هذا فقد فرض فيه أنّ اليد يد ملك ظاهراً ولذا عبّر بالإقرار والإنكار، فتأمّل.

ولم يذكر المصنّف هنا أنّ عليهما اليمين للآخر على الثالث لدفع الغرم وعلى المقرّ له لإنكاره.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فادّعيا عليه العلم حلف لكلّ منهما على نفي العلم﴾ لأنّه لو أقرّ بها لأحدهما كانت له، فإذا ادّعي عليه العلم سُمعت الدعوى ويحلف على نفيه. فإن حلف هل يكفيه يمين واحدة أو لابدّ من التعدّد؟ الأوّل خيرة «الخلاف[1] والتذكرة[2]» ووديعة هذا الكتاب لكنّه احتمل التعدد[3]. والوجه فيه: إنّ إحدى الدعويين كاذبة قطعاً، لاستحالة كون العين ملكاً

---

(١) الخلاف: ج ٤ ص ١٧٨ المسألة ١٤.
(٢) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ٢٢٣.
(٣) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٩٠.

لكلّ واحد منهما، وحيث لم تكن معيّنة حكمنا بأن يحلف لهما، أو نقول: إنّ المدّعى شيء واحد وهو علمه بعين المالك فكفاه يمين واحدة.

واختار التعدّد في «المبسوط[1] ومجمع الفوائد» واختاره في «التحرير[2]» على إشكال. وهو الأصحّ فيما يقوى في نفسي لوجوه: الأوّل: إنّ لكلّ منهما أن يستقلّ بالدعوى والأصل البراءة من وجوب الاجتماع. الثاني: إنّه يمكن كون العين لهما. الثالث: إنّ كلّ واحد منهما مدّع لا يعلم كذبه فيندرج في عموم الأخبار اليمين على من أنكر[3]. الرابع: إنّه كما لو أنكر أنّها لهما فيحلف هناك يمينين.

فإذا حلف احتمل استعمال القرعة فمن خرج اسمه أُحلف وسلّمت العين إليه أو يقسم بينهما نصفين، ذكره الشيخ في «الخلاف» والمصنّف في «التحرير» وهذا فيما إذا انحصر المالك فيهما كما مرّت الإشارة إليه ويأتي التنبيه عليه.

فإن نكل احلفا على علمه ليتوجّه عليه غرم القيمة، إذ لو حلفا على الاستحقاق للعين قُسمت بينهما فقط، وإنّما يثبت لهما الحلف على علمه، لأنّه المدّعى، فإذا حلفا كذلك أخذا منه القيمة والعين، لأنّ يمينيهما اقتضتا أن يكون بالإضافة إلى كلّ بخصوصه عالماً بأنّ العين لهما وبإنكاره حصلت الحيلولة بين المستحقّ وحقّه فيجب أن يغرم القيمة. ولمّا كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر فتجعل العين والقيمة معاً في أيديهما.

قال الشيخ: ولو حلفا فيه قولان: أحدهما: يقسم بينهما، والثاني: إنّه يوقف

(١) المبسوط: ج ٤ ص ١٥٠. (٢) تحريرالأحكام: ج ٣ ص ٢٠١ ـ ٢٠٢.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٥ ب ٢٥ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ٣.

حتّى يصطلحا، والأوّل أحرى. ثمّ قال: ولو قلنا بالقرعة كان قويّاً[1]. وقال في «التحرير»: وعندي فيه نظر.

قلت: القول بالقسمة أوجه، لأنّهما مع حلفهما صارت كأنّها في أيديهما فيقتسمانها، لأنّ التساوي في الحجّة والتصادم في الدعوى يقتضي القسمة.

وإن سلّمت العين لأحدهما بحجّة رُدّ عليه نصف القيمة، ولم يردّ الآخر، لأنّه استحقّ بيمينه ولم يعد إليه البدل كما اختاره المصنّف في وديعتي «الكتاب والتحرير».

وبيانه: إنّهما إذا حلفا على علمه وجُعلت العين والقيمة في أيديهما ثمّ تنازعا وثبت بحجّة شرعيّة أنّ العين لأحدهما كبيّنته ويمينه مع نكول الآخر فإنّ العين تُسلّم إليه، فيجب عليه أن يرّد نصف القيمة، لأنّه استحقّها للحيلولة وقد زالت.

قلت: الوجه التفصيل في المسألة كما أشار إليه في «التذكرة» وهو أنّ أحدهما إن كان أقام البيّنة فأخذ العين من صاحبه ردّت القيمة بتمامها، وإن كان إنّما حلف ونكل الآخر فأخذ العين منه ردّ الحالف نصف القيمة دون الناكل.

هذا، وإن نكلا، فإن قال الثالث: إنّها لغيرهما لم يستحقّا شيئاً، وإن قال: إنّها لأحدهما اقتسماها في وجه ووقف إلى أن يصطلحا في آخر، وإن نكل الثالث وحلف أحدهما سُلّمت له العين.

هذا كلّه إن كذّباه في دعوى النسيان وادّعيا عليه العلم كما عرفت، وإن صدّقاه في النسيان، فإن قلنا: إنّ المستودع يضمن بالنسيان ضمن لهما، وإن لم نقل به فلا خصومة لهما معه بل الخصومة بينهما، فإن اصطلحا على شيء فذاك، وإلّا جُعل

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ١٥١.

فإن نكل أُغرم القيمة.

المال كأنّه في أيديهما يتداعيانه، لأنّ صاحب اليد يقول: إنّ اليد لأحدهما وليس أحدهما أولى من الآخر.

وهذا كلّه إذا قال الثالث: هو لأحدكما وقد نسيت، أمّا لو قال: هذا وديعة عندي ولا أدري أهو لكما أو لأحدكما أو لغيركما كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف على نفي العلم واحدة أو اثنتين ترك في يده إلى أن تقوم بيّنة، وليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنّه لم يثبت لواحد منهما هناك يد ولا استحقاق بخلاف الصورة الأُولى.

ولقد طال بنا الحديث وأنّه لذو شجون وقصدنا بذلك التنبيه على أطراف المسألة. وتمام الكلام فيها لم يوجد في غير هذا الشرح وذلك ليس خروجاً عن محلّ البحث كما يظهر ذلك لمن أنصف وأجاد التأمّل وكرع من كأس التحقيق دهاقاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن نكل أُغرم القيمة﴾ يريد أنّه إذا نكل ذو اليد وهو المقرّ وحلف المدّعي أُغرم المثل أو القيمة.

قال في «التذكرة»: وفي اعتبار كونها وقت الحلف أو وقت الإقرار إشكال [1] انتهى.

قلت: يلتفت الإشكال إلى أنّ وقت الإقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت، وهل يكفي في ذلك مجرّد الإقرار أم لابدّ من التسليم؟ الظاهر أنّ الإقرار كاف لاستلزامه التسليم، ولمّا كان له أن يترك الدعوى مع

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ٢١٨.

وإن اعترف بها لهما فهي كما لو كانت في أيديهما ابتداءً وعليه اليمين لكلّ منهما في النصف المحكوم به لصاحبه،

المقرّ له ويخاصم المقرّ ذو اليد صحّ للمصنّف أن يطلق الحكم بالغرم سواء كان لغير المقرّ له بيّنة من غير معارض أم لا، لكن إذا كان له بيّنة من غير معارض فأخذ العين ردّ عليه القيمة بتمامها إن كان أخذها وإن لم يكن أخذها تركها كما تقدّمت الإشارة إليه فيما سلف.

وهنا وجه دقيق يخطر بالبال وهو إنّا إذا قلنا: إنّ حلف المدّعي كإقرار المنكر هل يغرم له صاحب اليد أم لا؟ احتمالان يبتنيان على أنّه إذا أقرّ لأحدهما أوّلاً بالعين ثمّ أقرّ للآخر كذلك هل يغرم للآخر أم لا؟ فإن قلنا إنّه يغرم ـ كما هو مختار المصنّف كما هو المشهور ـ غرم فيما إذا حلف المدّعي، وإن قلنا لا غرم هناك كما هو خيرة «المبسوط [1]» كما تقدّمت الإشارة إليه ـ قلنا: لا غرم هنا، بل لا حلف لانتفاء فائدته الّتي هي الغرم.

وقد انقدح هنا شيء، وهو إنّا إذا قلنا: إنّ حلف المدّعي كالبيّنة هل ينتزع العين من المقرّ له كما يأخذ القيمة من المقرّ؟ الظاهر أنّه ليس له ذلك، لأنّ اليمين وإن كانت كالبيّنة لكنّها ليست كالبيّنة في حقّ غير المتداعيين والمتداعيان الآن إنّما هو غير المقرّ له وصاحب اليد، ومن قال: إنّه حكم برأسه كان في راحة من ذلك كلّه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وعليه اليمين لكلّ منهما في النصف المحكوم به لصاحبه﴾ فيحلف على نفي العلم لدفع الغرم إن ادّعيا

---

(١) المبسوط: ج ٤ ص ١٤٩.

وعلى كلّ منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به.

ولو كان في يد كلّ منهما عبد فادّعاهما كلّ منهما فلكلّ منهما ما في يده، فإن أقاما بيّنة قُضي لكلّ منهما بالعبد الّذي في يد الآخر. ولو أقام أحدهما بيّنة قُضي له بهما.

عليه العلم، إذ لا يتوجّه لهما عليه سوى ذلك. وهذا بناء على الغرم في هذه وإلّا فلا يمين، فإن نكل فالحكم كما سلف من أنّه يغرم لهما القيمة بالتوجيه السالف وإن أُحلف[1] أحدهما أُغرم نصف القيمة.

قوله: ﴿وعلى كلّ منهما اليمين لصاحبه﴾ هذا إذا لم يكن بيّنة، فإن أقاما بيّنتين أو حلفا أو نكلا كانت العين بينهما، لأنّ الشأن فيهما كما لو كانت في أيديهما، وقد عرفت الحكم في ذلك، وإلّا فهي للحالف أو ذي البيّنة كما مرّ مفصّلاً.

قوله: ﴿فلكلّ منهما ما في يده﴾ لم يذكر أنّهما يتحالفان كما في «التحرير[2]» ولعلّه إنّما تركه لكونه ليس شرطاً في القضاء وإنّما لكلّ واحد منهما أن يحلف الآخر، فإن حلفا كان لكلّ ما في يده، وكذا إن نكلا على التفصيل الّذي مرّ في أوّل المقصد.

قوله: ﴿قُضي لكلّ منهما بالعبد الّذي في يد الآخر﴾ بناءً على الأصحّ من تقديم بيّنة الخارج.

قوله: ﴿قُضي له بهما﴾ إذا شهدت بهما أو بما في يد صاحبه، وعليه في الحالين اليمين على ما في يده إذا أحلفه صاحبه.

---

(١) في بعض النسخ: حلف. والظاهر الصواب في العبارة: وإن حلف لأحدهما.

(٢) تحريرالأحكام: ج ٣ ص ٢٠٢.

ولو تداعى الزوجان متاع البيت حُكم لذي البيّنة، فإن فقدت فيد كلّ واحد على النصف يقضى له به بعد اليمين ويحلف كلّ منهما لصاحبه، سواء صلح لهما أو لأحدهما. وسواء كانت الزوجيّة قائمة أو لا، وسواء كانت الدار لهما أو لأحدهما أو لثالث، وسواء تنازع الزوجان أو ورثتهما أو أحدهما مع ورثة الآخر. وقيل: يحكم للرجل بما يصلح له وللمرأة بما يصلح لها ويُقسم ما يصلح لهما. وروي[1]: أنّه للمرأة لأنّها تأتي بالمتاع من أهلها.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو تداعى الزوجان متاع البيت حكم لذي البيّنة، فإن فقدت فيد كلّ واحد على النصف ... إلخ﴾

اختلف الأصحاب في المسألة على أربعة أقوال ترجع إلى ثلاثة:

الأوّل: ما اختاره المصنّف هنا وفي «الارشاد[2]» على الظاهر وولده في «الإيضاح[3]» والشيخ في «المبسوط[4]» ونسبه في «المجمع[5]» إلى جماعة، ولم أجد أحداً قال به سوى من ذكرنا، ولعلّه أرادهم، وهو: أنّه يُقضى لكلّ واحد بالنصف بعد اليمين ويحلف كلّ منهما لصاحبه ويُقسم كلّ من أجزائه نصفين، سواء صلح لهما كالفراش وأكثر الأواني أو لأحدهما كالعمائم والطيالسة له والحُليّ والمقانع لها، وسواء كانت الزوجيّة ... إلى آخر ما ذكره المصنّف، وسواء كانت يدهما عليه تحقيقاً كعمامة أو خلخال تشبثًا به، أو تقديراً وهو الكون في بيت يسكناه، وسواء جرت العادة في جهاز مثلها بقدرها أو لا، استناداً إلى العمومات، إلّا أنّ فيه

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٢٣ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ١.

(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٥١.

(٣) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٨١.

(٤) المبسوط: ج ٨ ص ٣١٠.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٥٢.

إطراحاً للأخبار أو إعراضاً عن فتاوى معظم الأصحاب. ونبّه بهذا التسويات على خلاف جماعة من العامّة، وقد نقل مذاهبهم في «الخلاف[1]».

الثاني: ما أشار إليه المصنّف بقوله: «وقيل للرجل ما يصلح له وللمرأة ما يصلح لها ويُقسم ما يصلح لهما» كلّ ذلك بعد يمينهما، وهو خيرة «الخلاف والفقيه[2] والمبسوط» ـ على ما نقل عنه في «السرائر[3] والوسيلة[4]» إلّا أنّه خصّ الحكم بما إذا كان المتاع بأيديهما ـ و«السرائر والنافع[5] وكشف الرموز[6] والتحرير[7] والدروس[8] والمقتصر[9] والمجمع[10]» وهو ظاهر «النهاية[11] والشرائع[12]» حيث قال: إنّه أشهر في الروايات وأظهر بين الأصحاب، وهو المنقول عن «الجامع والتلخيص[13]» وعن أبي علي[14] وعلي بن مسعود الكيدري والقاضي. وهو المشهور بين الأصحاب كما في «غاية المراد[15]» ومذهب الأكثر كما في «المسالك[16]».

وإليه يرجع ما اختاره المصنّف في «المختلف» وتبعه عليه الشهيد في «غاية المراد» والمحقّق الثاني في «تعليق الإرشاد والنافع» والشهيد الثاني في

---

(١) الخلاف: ج ٦ ص ٣٥٢ ـ ٣٥٤ المسألة ٢٧.
(٢) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١١١ ح ٦.
(٣) السرائر: ج ٢ ص ١٩٣.
(٤) الوسيلة: ص ٢٢٧.
(٥) المختصر النافع: ص ٢٧٧.
(٦) كشف الرموز: ج ٢ ص ٥٠٩.
(٧) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٠٧ ـ ٢٠٨.
(٨) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١٠.
(٩) المقتصر: ص ٣٨٢.
(١٠) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٥١ ـ ٢٥٤.
(١١) النهاية: ص ٣٥٠ ـ ٣٥١.
(١٢) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١٩ ـ ١٢٠.
(١٣) نقله عنهما الفاضل في كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٩٦.
(١٤) نقله عنه أبوالعباس في المقتصر: ص ٣٨٣.
(١٥) غاية المراد: ج ٤ ص ٨٢، وفيها المنقول عن الكيدري والقاضي.
(١٦) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٣٦.

«المسالك» ومال إليه أبو العباس في «المهذّب[1]» ونفى عنه البأس في «غاية المرام[2]» و ذلك لأنّه قال في «المختلف»: والمعتمد أن نقول: إن كان هناك قضاء عرف يرجع إليه ويحكم به بعد اليمين، وإلّا كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوي. قال: لنا إنّ عادة الشرع في باب الدعاوي بعد الاعتبار والنظر راجعة إلى ما ذكرناه، ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناءً على الأصل ولأنّ المتشبّث أولى من الخارج لقضاء العادة بملكيّة ما في يد الإنسان غالباً، وحكم بإيجاب البيّنة على من يدّعي خلاف الظاهر والرجوع إلى من يدّعي الظاهر. وأمّا مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين وعدم الترجيح لإحداهما فتساويا فيها[3] انتهى.

وهذا رجوع إلى المذهب الثاني الّذي هو مقتضى خبر رفاعة كما يأتي ذكرها. وبه يجمع بين الأخبار وفتاوى الأصحاب، فتحمل صحيحة رفاعة[4] على اختصاص كلّ بما يصلح له عرفاً وصحيحتا ابن الحجّاج[5] على اقتضاء العرف بأنّ المتاع هو متاع المرأة جاءت به من أبيها جهازاً إلى بيت الزوج. ويؤيّده قوله عليه السلام: «قد علم من بين لابتيها ... إلخ» وقوله: «لو سألت مَن بين لابتيها ... إلخ» وإذا لم يكن هناك عرف ولا قرينة أصلاً فهو متاع مشترك بين ذي اليدين من دون اختصاص. نعم إذا قامت قرينة أو قضت عادة بأنّ المشترك لها قضي لها به. فقولنا: «وما يصلح لهما يقسم بينهما» معناه: إن لم تقم قرينة ولا قضت عادة على اختصاصه بأحدهما، ولمّا كانت العادة في هذه الأزمان قاضية بأنّ الأواني والخوابي والبواري ونحو ذلك ممّا يأتي به الرجل فإنّه يُقضى له به.

---

(١) المهذّب البارع: ج ٤ ص ٤٩١.
(٢) غاية المرام: ج ٤ ص ٢٦٨.
(٣) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩١.
(٤) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٢٥ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ٤.
(٥) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٢٣ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ١ وذيله.

فالثمرة بين القولين تظهر في المشترك، فعند المصنّف في «المختلف» أنّ المشترك يُقضى به للمرأة قضاء لحقّ العادة السابقة. ولو فرض خلافها لم يحكم لها به، ونحن لا نخالفه على ذلك بل نقول: المشترك بينهما إن لم يكن هناك قرينة ولاعادة تقضي به لأحدهما كما أفصح به قوله: «وإن لم يكن هناك قضاء عرف كان الحكم فيه كما في غيره من الدعاوي». ومن المعلوم أنّه إذا كان المال في يد اثنين وتساويا في الحجّة أنّه يُقسم بينهما بعد يمينهما، فهذا عين القول الثاني كما يظهر ذلك لمن أجاد التأمّل، فعدُّه قولاً على حدة ـ كما صنع جماعة ـ لا وجه [له]. ويأتي ما يوضح ذلك كمال الإيضاح. وهذا الجمع الّذي وفّق الله تعالى بمنّه ولطفه قد ظفرت بالصدوق في «الفقيه» قد جمع به واعتمد عليه كما يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ وقد رأيت المولى الأردبيلي قال به أيضا[1].

لنا على المختار إجماع «الخلاف[2] والسرائر[3]» وما رواه الشيخ بإسناده عن علي بن الحسين عن محمّد بن الوليد عن يونس بن يعقوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له[4]. وهذه الرواية صحيحة على الصحيح، لأنّ محمّد بن الوليد الّذي يروي عن يونس بن يعقوب هو الخزّاز الثقة كما نصّ عليه النجاشي. وأمّا يونس بن يعقوب فهو الثقة الحظيّ* عند الأئمّة عليهم السلام بنصّ

* ـ والحظوة بفتح الحاء المهملة والظاء المعجمة بلوغ المرام يقال حظى الناس وحظوه إذا أحبّوه ورفعوه منزلة فهو حظيّ على فعيل «مجمع البحرين[5]».

(١) مجمع الفائدة والبرهان: ج ١٢ ص ٢٥٤.

(٢) الخلاف: ج ٦ ص ٣٥٤ المسألة ٢٧.

(٣) السرائر: ج ٢ ص ١٩٤.

(٤) تهذيب الأحكام: ب ٢٧ ج ٩ ص ٣٠٢ ح ١٠٧٩.

(٥) مجمع البحرين: ج ١ ص ١٠٣ مادّة «حظا».

النجاشي وغيره، وقد رجع عن الفطحيّة كما نصّ عليه جماعة. وهي ظاهرة في المطلوب وإن لم يذكر فيها النزاع لكنّه مراد قطعاً. ويعلم منها أنّ ما كان من متاع الرجال للرجل قطعاً لمكان المقابلة. ولم أجد أحداً استدلّ بها وكأنّهم لم يظفروا بها.

وما رواه الصدوق بسنده الصحيح إلى محمّد بن عمير عن رفاعة بن موسى النخّاس ـ من دون ذكر الحسن بن مسكين فكان صحيحاً ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا طلّق الرجل امرأة وفي بيتها متاع فلها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قُسم بينهما. قال: وإذا طلّق الرجل المرأة فادّعت أنّ المتاع لها وادّعى الرجل أنّ المتاع له كان له ما للرجل ولها ما يكون للنساء[1].

وهذه الرواية صحيحة ظاهرة في المطلوب، وليس فيها تناف، لأنّه بيّن في عجزها قسمين وترك الثالث لأنّه بيّنه في صدرها، والتكرار لا يوجب التنافي، على أنّها ظاهرة في النقل بالمعنى كما أشار إلى ذلك في نوادر قضاء «السرائر[2]» قال: ويعضده الأدلّة. وقد رواه الشيخ في «الاستبصار[3] والنهاية[4]» والفاضل العجلي في «السرائر[5]» بهذا المتن لكنّه ذكر سنداً آخر فيه الحسن بن مسكين. ورواها بهذا السند أيضاً في «التهذيب[6]» إلّا أنّه ترك فيه صدرها فرواها من قوله «إذا طلّق الرجل امرأة فادّعت ... إلى آخر ما نقلناه» وزاد بعد قوله «ولها ما يكون للنساء» قوله: «وما يكون للرجال والنساء قُسم بينهما» كذا ذكر في «الوسائل[7]». فيكون متنها في «التهذيب» سالماً من كلّ وصمة صريحاً في المطلوب قطعاً، وضعف السند بالحسن بن مسكين منجبر بالشهرة. وقد وسمها المصنّف في

---

(١) من لايحضره الفقيه: ج ٣ ص ١١١ ح ٣٤٣٣.
(٢ و ٥) السرائر: ج ٢ ص ١٩٤ و ١٩١.
(٣) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٦ ح ١٥٣.
(٤) النهاية: ص ٣٥٠.
(٦) تهذيب الأحكام: ب ٩٢ ج ٦ ص ٢٩٤ ح ٨١٨.
(٧) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٢٥ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ٤.

«المختلف[1]» بالصحّة، وقال في الاستبصار عقيب هذه الرواية إنّه يحتمل أحد شيئين ... إلى آخر ما ذكره الشيخ في «الاستبصار[2]». والظاهر منه أنّه وسم سندها في الاستبصار بالصحّة. وفيه: في الاستبصار الحسن بن مسكين، إلّا أن تقول وسمها بالصحّة بالنسبة إلى سند الفقيه. ويحمل على ذلك قول الشهيدين في «غاية المراد[3] والمسالك[4]» أنّها صحيحة، فتأمّل.

فقد تحصّل أن سندها صحيح في الفقيه، ومتنها ـ فيه وفي الاستبصار والنهاية والسرائر ـ ظاهر في المطلوب إن لم نقل أنّه صريح كما اعترف به الشهيدان وغيرهما، وسندها فيما عدا الفقيه منجبر بالشهرة، ومتنها في «التهذيب» صريح في المطلوب كما في «الوسائل» قال الصدوق بعد أن رواها: وقد روي أنّ المرأة أحقّ بالمتاع، لأنّ من بين لابتيها يعلم أنّ المرأة تنقل إلى بيتها المتاع. قال: وهو محمول على متاع النساء. قال في «الوسائل» وغيره أيضاً حمله على ذلك.

قلت: هذا هو الّذي ذكرناه أوّلاً من أنّ العرف كان هناك قاضياً بذلك. ويدلّ عليه مضمرة سماعة، قال: سألته عن الرجل يموت ماله من متاع البيت؟ قال: السيف والسلاح والرحل وثياب جلده[5]. فكذا قول عبدالرحمن نقلاً عن ابن أبي ليلى «إلّا الميزان فإنّه متاع الرجل»[6]. ثمّ إنّ الإمام قال به. ويؤيّد ما ذكرناه أنّه في «المختلف» بعد أن اختار الرجوع إلى العرف قال بعد ذلك: واعلم أنّ ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطي ما فعلناه نحن أوّلاً، ويدلّ عليه حكمه عليه السلام بأنّ العادة قاضية بأنّ المرأة تأتي بالجهاز من بيتها فحكم لها به وأنّ العادة قاضية

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٣.

(٢) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٧ ذيل الحديث ١٥٣.

(٣) غاية المراد: ج ٤ ص ٨٢.

(٤) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٣٦.

(٥ و٦) وسائل الشيعة: ج ١٧ ص ٥٢٤ ب ٨ من أبواب ميراث الأزواج ح ٢ و١.

بأنّ ما يصلح للرجال خاصّة فإنّه يكون من مقتنياته دون مقتنيات المرأة وكذا ما يصلح للمرأة خاصّة يكون من مقتنياتها دون مقتنيات الرجل ... إلخ[1]. وفيه ظهور تامّ بما ذكرناه من الجمع، فتأمّل.

فقد حصل الجمع بين الأخبار وفتاوى الأصحاب وانحصر الخلاف فيما أجد من الشيخ في موضع من «المبسوط» والمصنّف هنا وظاهر «الإرشاد» وولده[2].

وهناك جمع آخر بين الأخبار قريب من هذا إن لم يكن عينه، وهو أن يراد بخبر رفاعة ما للنساء ما جرت العادة بنقلها له، وبما للرجل خلافه، وبما يكون لهما ما يحتمل الأمرين.

وإن أبيت ذلك وما كان ليكون بعد ما عرفت فالحقّ هو المذهب المشهور، وهو المنصور بالأخبار والإجماعات وفتوى المعظم بل جميع القدماء عليه كما هو الظاهر، ومذهب «المختلف» إنّما تبعه عليه الشهيد في «غاية المراد» دون «الدروس» والشهيد الثاني في «المسالك» والمحقّق الثاني، ومال إليه أبو العباس في «المهذّب» دون المقتصر، ونفى عنه البأس الصيمري كما عرفت ذلك كلّه.

القول الثالث أو الرابع: ما اختاره الشيخ في «الاستبصار» من أنّه للمرأة، لأنّها تأتي بالمتاع من أهلها. وإليه أشار المصنّف حيث قال: «وروي في [عدّة أخبار][3] أنّه للمرأة» والأخبار هي صحيحة عبد الرحمن عن الصادق عليه السلام: المتاع متاع المرأة إلّا أن يقيم الرجل البيّنة فقد علم مَن بين لابتيها أنّ المرأة تزفّ إلى بيت زوجها بمتاع. قال الراوي: يعني بين جبلي منى لأنّه عليه السلام قال وهو بمنى. وفي خبر آخر له مثله تركناه لطوله، لأنّه اشتمل على قضايا ابن أبي ليلى ذكر فيه: أنّ المتاع متاع

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٣٩٣ ـ ٣٩٤.
(٢) تقدّم كلامهم في أوّل البحث، فراجع.
(٣) لم يرد في عبارة المصنّف، ولعلّ الشارح رحمه الله أخذه من كشف اللثام: ج ١٠ ص ١٩٧.

ولو ادّعى أبو الميّتة أنّه أعارها بعض ما في يدها من متاع أو غيره كلّف البيّنة كغيره، وروي أنّه يصدّق بغير بيّنة. وكذا البحث لو تنازعا في بعضه.

المرأة إلّا الميزان. وقد علمت الحال في هذين الخبرين[1] وأنّهما منطبقان على المختار، وقد نسبهما في «السرائر[2]» إلى الشذوذ. ولعلّ المصنّف أشار أيضاً بقوله: في عدّة أخبار[3] إلى خبر زرعة عن سماعة المتقدّم[4]. وقد علمت أنّا أخذناه مؤيّداً وحمل الشيخ خبر رفاعة[5] على التقيّة أو الصلح.

ولم يرجّح شيئاً في «كنز الفوائد والتبصرة والمفاتيح» ولم يذكره في «الكافي والمراسم والغنية».

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو ادّعى أبو الميّتة أنّه أعارها بعض ما في يدها من متاع وغيره كُلّف البيّنة كغيره﴾ كما في «السرائر[6] والشرائع[7] والتحرير[8] والإيضاح[9] والدروس[10] والمسالك[11]» وغيرها للإجماع كما في «السرائر والمسالك» وغيرها وللأصل وعموم الأخبار.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وروي أنّه يصدّق بغير بيّنة﴾ هذه الرواية رواها محمّد بن إسماعيل بن جعفر بن عيسى عن الهادي عليه السلام قال: كتبت إليه جعلت فداك إنّ المرأة تموت فيدّعي أبوها أنّه أعارها بعض ما كان عندها من

---

(١) راجع ص ٦٠٣ ـ ٦٠١.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٩٣.
(٣) قُلنا آنفاً: إنّه ليس في عبارة الماتن رحمه الله.
(٤) تقدّم في ص ٦٠٣.
(٥) الاستبصار: ج ٣ ص ٤٧ ذيل ح ١٥٣.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.
(٧) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٢٠.
(٨) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٠٨.
(٩) إيضاح الفوائد: ج ٤ ص ٣٨٢.
(١٠) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١١.
(١١) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٣٩.

متاع وخدم، أتُقبل دعواه بلا بيّنة أم لا تقبل؟ فكتب عليه السلام إليه: يجوز بلا بيّنة. وقال: كتبت إليه عليه السلام إن ادّعى زوج المرأة الميّتة أو أبو زوجها أو اُمّ زوجها في متاعها أو خدمها مثل الّذي ادّعى أبوها من عارية بعض المتاع أو الخدم أيكون بمنزلة الأب في الدعوى؟ فكتب: لا[1].

وهي رواية معتبرة الإسناد، لأنّ محمّداً هذا الظاهر أنّه الشيخ النيسابوري، وجعفر هو أحد المتكلّمين ومن أجلّاء الأصحاب الممدوحين. وقد طعن فيها الفاضل العجلي أعظم طعن وبالغ في إنكارها كمال المبالغة بناء على أصله، وقال: إنّ الشيخ أوردها في النهاية إيراداً لا اعتقاداً وقد رجع عنها في الحائريات[2] انتهى. والموجود في «الحائريات» أنّ القول قول أبيها مع يمينه إن كان أعارها ولم يهبه لها ولا استحقّته على وجه[3]. ولعلّه ظفر بذلك في موضع آخر، كما أنّه في المسألة المتقدّمة نقل عن «المبسوط» خلاف ما وجد فيه ونقلوه عنه كما عرفت فيما سلف. والمحقّق رماها بالضعف[4]. وتأوّلها في «السرائر» على حذف حرف الاستفهام الإنكاري.

قلت: تتمّة الخبر تنافي ذلك. وقال في «الدروس» وهذا الحمل بعيد والحكم أبعد[5] انتهى. وفي «التحرير» بعد أن اختار ما اختاره هنا ذكر الرواية وما اشتملت عليه من الفرق بين الأب وغيره قال: وليس وجهاً[6] فكان رادّاً لها.

والّذي يظهر لي أنّ الرواية خالية عن الإشكال وليست مخالفة للاُصول وليس ما تضمّنته من الحكم ببعيد، وذلك لأنّا قدّمنا أنّ العرف كان في زمن الصادق عليه السلام أنّ

---

(١) وسائل الشيعة: ج ١٨ ص ٢١٣ ب ٢٣ من أبواب كيفيّة الحكم وأحكام الدعوى ح ١.
(٢) السرائر: ج ٢ ص ١٨٧ ـ ١٨٨.
(٣) الحائريات (الرسائل العشر): ص ٢٩٧.
(٤) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١٢٠.
(٥) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١١١.
(٦) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٠٨.

ولو كان في دكّان عطّار ونجّار واختلفا في قماشه حكم لكلّ بآلة صناعته.

المتاع تأتي به المرأة من بيت أبيها وأنّ مَن بين لابتيها يعلم ذلك فكان عرفاً عامّاً ومن البعيد جدّاً تغيّره في زمن الهاديﷺ بل هو باقٍ إلى الآن في أكثر الأمصار ولاسيّما في الشام (في دمشق خ) فيكون المراد أنّ أباها ادّعى أنّ الّذي جهّزها به وعلم أنّها نقلته من بيت أبيها وأنّه هو الّذي أعطاها كان ذلك على سبيل العارية، فإنّه يقبل قوله حينئذٍ مع يمينه من دون بيّنة، لأنّ الأصل عدم انتقال الملك. والفرق على هذا بينه وبين الزوج وأبيه وأمّه ظاهر واضح، فكانت منطبقة على الأُصول معتبرة السند. وهذا الّذي ذكرناه أشار إليه في «التحرير» في نوادر القضايا والأحكام فإنّه بعد أن أورد هذه الرواية قال: وهي محمولة على الظاهر من أنّ المرأة تأتي بالمتاع من بيت أهلها، لكنّه في آخر القسم الثاني ذكر أنّ ما اشتملت عليه ليس وجهاً كما عرفت.

وممّا ذكر يعلم حال ما لو تنازع الأب والبنت في بعض ما في يدها كما أشار إليه المصنّف بقوله «وكذا البحث ... إلخ».

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان في دكّان عطّار ونجّار فاختلفا في قماشه حكم لكلّ بآلة صناعته﴾ المراد بالقماش ما فيه من الآلات. وقد ذكر ذلك في «التحرير[1]» على سبيل الاحتمال وقد حكم هنا على البتّ، وظاهره العدول عمّا اختاره هنا في مسألة تداعي الزوجين متاع البيت، إذ قضيّة ذلك أن يحكم هنا بما حكم هناك من أنّه يُقسم كلّ من أجزائه نصفين، وقد

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ٢٣١ و ٢٠٧.

ولو اختلف الموجر والمستأجر في شيء في الدار فإن كان منقولاً فهو للمستأجر وإلّا فللموجر كالرفوف والسُلّم المثبت والرَحى المنصوبة.

ولو كان الخيّاط في دار غيره فتنازعا في الإبرة والمقصّ حُكم بهما للخيّاط، لقضاء العادة بأنّ من دعا خيّاطاً إلى منزله فإنّه يستصحب ذلك معه.

حكم هنا بناء على الظاهر بأنّه لكلّ بآلة صناعته كما كان يحكم بما للرجال للزوج وبما للنساء للمرأة، وذلك مع اليمين.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو اختلف الموجر للدار والمستأجر ... إلخ﴾ يريد أنّه لو اختلفا في شيء من الدار كالأثاث والآلات المنقولة والرفوف المثبتة، فإن كان الأوّل فالقول قول المستأجر مع يمينه لجريان العادة بخلوّ الدار المستأجرة عن الأقمشة، كذا قال في «التحرير» وإن كان الثاني أعني ممّا يتبع الدار في البيع كالرفوف المسمّرة والأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة فهي للموجر مع يمينه.

وترك المصنّف ما إذا أشكل الحال كالرفوف المستعارة والمصراع للباب المقلوع، وفي «التحرير» قال: الوجه أنّه للمستأجر مع اليمين، لأنّ يده عليه.

قوله: ﴿حكم بهما للخياط لقضاء العادة ... إلخ﴾ استند المصنّف في هذا الحكم إلى قضاء العادة بأنّ الخيّاط يستصحب ذلك معه إذا دُعي إلى الخياطة في غير منزله. وهذا يتوقّف فيما أظنّ على أُمور ثلاثة: الأوّل: أن لا يكون صاحب الدار خيّاطاً، فلو كان كذلك ربّما شكّ بقضاء العادة. الثاني: أن يعترف صاحب

ولو تنازعا في القميص فهو لصاحب الدار، لأنّ العادة أنّ القميص لا يحمله الخيّاط إلى منزل غيره.

وراكب الدابّة أولى من قابض لجامها،

الدار أنّه دعاه ليخيط له، فلو أنكر ذلك فقال دعوته للضيافة لم يكن هناك عادة. الثالث: أن يكون ما يدّعيه في يده، فلو خرج من الدار ثمّ قال: أنت دعوتني لأخيط لك وقد أخذت منّي إبرتي ومقصّي فصدّقه في الدعوة لكنّه أنكر الأخذ فإنّه يشكل الحكم بهما للخيّاط. فإذا اجتمعت هذه الأمور حكم بهما للخيّاط، كما أنّه إذا اعترف الخيّاط أنّه لم يدّعه للخياطة وإنّما دعاه لغيرها ولم يكن ما يدّعيه في يده فإنّه لصاحب الدار جزماً لأنّه في يده، فتأمّل.

قوله: ﴿ولو تنازعا في القميص فهو لصاحب الدار﴾ يُستثنى من ذلك ما لو كان القميص في يد الخيّاط وقد خرج من الدار، بل قد يُستثنى ما إذا كان في يده في الدار ويقال: إنّه يحكم له به حينئذٍ مع اليمين أيضاً، فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وراكب الدابة أولى من قابض لجامها﴾ كما جزم به في «التذكرة[1]» في كتاب الصلح والمحقّق[2] والشهيد في «اللمعة[3]» وعليه الشيخ في «المبسوط[4]» إلّا أنّه احتاط بجعلها بينهما نصفين. واحتجّ عليه في «التذكرة» ببُعد تمكين صاحب الدابّة غيره من ركوبها وإمكان أخذ اللجام من صاحبها. والأصحّ الأحوط كونها بينهما كما في «الخلاف[5] والسرائر[6]» وجعله أحوط في «المبسوط» كما عرفت، لأنّ يد كلّ واحد عليها

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ١٣٩.
(٢) شرائع الإسلام: ج ٢ ص ١٢٦.
(٣) اللمعة الدمشقية: ص ١٤٩.
(٤) المبسوط: ج ٢ ص ٢٩٦ ـ ٢٩٧.
(٥) الخلاف: ج ٣ ص ٢٩٦ المسألة ٥.
(٦) السرائر: ج ٢ ص ٦٧.

وصاحب الحِمْل أولى،

وقوّة اليد لا مدخل لها في الترجيح ولذا لم تؤثّر في ثوب بيد أحدهما أكثره وما مع الراكب من زيادة نوع التصرّف لم يثبت شرعاً كونه مرجّحاً وتعريف المدّعي والمنكر منطبق عليهما. هذا ما يقتضيه النظر لكن بعد أن يحلف كلّ لصاحبه إذا لم يكن بيّنة. وتمام الكلام في الصلح [1].

قوله: ﴿وصاحب الحِمْل أولى﴾ كذا في بعض النسخ وهو الموافق لما ذكره في باب الصلح حيث قال: وذو الحِمْل على الدابّة أولى من غيره [2]. وهو خيرة «التذكرة [3]» أيضاً، وعليه الشهيدان والمحقّق الثاني في «اللمعة والروضة [4] ومجمع الفوائد» بل قد نفى عنه الخلاف في «المبسوط [5]» قالوا: لأنّ جعل الحمل على الدابّة يستدعي كمال الاستيلاء.

قلت: لم ندر ما ذا أرادوا بقولهم «أولى من غيره» فإن أرادوا بالغير قابض اللجام فالأولويّة ممنوعة، لأنّ الحمل كالركوب، والتفاوت اليسير إن كان لا يجدي في الترجيح، وإلّا لأجدى ما إذا كان أحدهما غير معتاد لقنية الدوابّ والآخر معتاداً لذلك كأن يكون المتشبّث باللجام مكارياً والآخر فقيهاً، والظاهر أنّهم لا يفرّقون بينهما. هذا ما يحصل في النظر إلّا أن يكون هناك إجماع فيتّبع، لكن يظهر من «الدروس [6]» وجود الخلاف في ذلك.

فعلى المختار لو تنازع ذو الحِمْل وقابض اللجام جاء الخلاف السالف، وقد علمت أنّ المختار أن تكون بينهما نصفين فكذا هنا. ومثله ما لو تنازع لابس الثوب

---

(١) تقدّم في ج ١٧ ص ١٥٢ ـ ١٥٤.
(٢) قواعد الأحكام: ج ٢ ص ١٧٧.
(٣) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ١٣٧.
(٤) الروضة البهيّة: ج ٤ ص ١٩٣.
(٥) المبسوط: ج ٢ ص ٢٩٧.
(٦) الدروس الشرعية: ج ٣ ص ٣٥٢.

والسرج لصاحب الدابّة دون الراكب، والراكب أولى بالحِمْل من صاحب الدابّة.

وممسكه وإن زاد تصرّف الراكب على اليد المشتركة إلّا أن تقول في الموضعين: إنّ التشبث لا يقاوم اليد والتصرّف، وفيه تأمّل. وفي «مجمع الفوائد» أنّه للابسه، وفي «الروضة[1]» جعله كمسألة الراكب والقابض وقد قوّى فيها كونها بينهما وفي مسألة صاحب الحِمْل وقابض الزمام اختار أنّها لصاحب الحِمْل وأنت تعلم أن ليس صاحب الحِمْل أقوى من اللابس.

وفي بعض النسخ المضبوطة «وصاحب الحمل» من دون قوله: «أولى» فيكون معطوفاً على قابض لجامها، فيصير التقدير: أنّ راكب الدابّة على الحمل أولى من صاحب الحمل. وفيه تأمّل، لأنّ صاحب الحمل ليس بأدون من قابض اللجام فتكون بينهما كما مرّ. وتمام الكلام في باب الصلح[2].

قوله: ﴿والسرج لصاحب الدابّة دون الراكب﴾ كما في «مجمع الفوائد والروضة[3]» ولم يذكروا لنا الوجه في ذلك، ولعلّهم استندوا في ذلك إلى قضاء العادة بأنّه من له دابّة فله سرج بخلاف من ليس له دابّة. وفيه نظر ظاهر كيف لا؟ والسرج تحت تصرّفه مع أنّه لم يُفرق في الراكب والآخذ بالزمام بين من كان معتاداً لقنية الدوابّ وغيره.

ويبقى الكلام في اللجام هل هو للراكب أو للقابض؟ احتمالان أقواهما الثاني لأنّه في يده ولا يد للراكب عليه كما في «مجمع الفوائد والروضة» فتأمّل فيه.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والراكب أولى بالحمل من صاحب

(١ و٣) الروضة البهيّة: ج ٤ ص ١٩٢. (٢) تقدّم في ج ١٧ ص ١٥٥ ـ ١٥٦.

ولو تنازع صاحب العبد وغيره في ثياب العبد فهي لصاحب العبد، لأنّ يد العبد عليها.

ولو تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد تساويا، لأنّ نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه.

ولو تنازع صاحب النهر والأرض في حائط بينهما فهو لهما، لأنّه حاجز بينهما فتساويا.

الدابّة﴾ لا أجد له وجهاً إلّا أنّه في تصرّفه، وفيه تأمّل، إذ قد يقال: إنّ العادة قاضية بكون الحمل لصاحب الدابّة، فتأمّل. ولم أجد لأحد من أصحابنا ـ رضي الله تعالى عنهم ـ فيه نصّاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿لأنّ يد العبد عليها﴾ فتكون يد المولى عليها، لأنّ يده يده.

قوله: ﴿ولو تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد تساويا﴾ أي لو تنازع صاحب الثياب الّتي على العبد والآخر في العبد تساويا وإن كان لأحدهما عليه ثياب، لأنّه قد يلبسها بغير إذن وبمجرّد القول أو عارية، ولما ذكره المصنّف من أنّ نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحبه، فباين الحمل على الجَمَل، فإنّ صاحبه المنتفع به. وزاد في «التذكرة» أنّ الحِمْل لا يجوز أن يحمله على الجمل إلّا بحقّ ويجوز أن يجبر العبد على قميص غير مالكه إذا كان عرياناً، فافترقا[1]. و يدلّ عليه بعد ذلك إجماع «المبسوط[2]» على الظاهر، لأنّه نفى الخلاف عنه.

قوله: ﴿ولو تنازع صاحب النهر والأرض في حائط بينهما فهو

---

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ١٣٧. (٢) المبسوط: ج ٢ ص ٢٩٧.

ولو ادّعى رقّيّة صغير مجهول النسب في يده حكم له ظاهراً،

لهما، لأنّه حاجز بينهما فتساويا﴾ يريد أنّه لو كان بينهما حائط من غير قرينة مرجّحة لأحدهما من اتّصال بها أو إحاطة بالأرض فهي لهما إن تحالفا، لأنّه حاجز بينهما وبيديهما ولا مرجّح فتساويا.

قوله: ﴿ولو ادّعى رقّيّة صغير مجهول النسب في يده حكم له به ظاهراً﴾ أطلق المصنّف الحكم بالحكم له ظاهراً ولم يفصّل بين المميّز وغيره ولابين من يعلم أنّ يده يد التقاط وبين غيره ولم يشترط اليمين ولم يستشكل في ذلك كما استشكل في كتاب اللقطة. وقضيّة التقييد بالصغير أنّه لو ادّعى رقّيّة كبير مجنون مجهول النسب أو مغمى عليه لا يحكم به ظاهراً. والظاهر أنّه لا فرق بينهما، فتأمّل.

وخالف الشيخ في الأوّل في «المبسوط» فقال لابدّ لمدّعي رقّيّة المميّز من بيّنة. وقال في «المبسوط» أيضاً: يحكم بشهادة اليد مع اليمين انتهى. فاشترط اليمين وهو أحوط. وقال في «التذكرة» في كتاب اللقطة: لا فرق بين أن يكون الصبيّ مميّزاً أو غير مميّز ولا بين أن يكون مقرّاً أو منكراً إذ لا عبرة بكلام الصبيّ ولا بإقراره ولا بإنكاره انتهى. قلت: لعلّ الشيخ استند إلى أنّ لكلام المميّز حكماً واعتباراً في الجملة ولخطر شأن الحرّيّة. وقال في لقطة هذا الكتاب: وإن ادّعى رقّه ـ أي رقّ اللقيط ـ لم يُقبل من غير صاحب اليد ولا منها إذ استندت إلى الإلتقاط، وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال. فاستشكل هناك ولم يذكر اليمين، ويأتي وجه الإشكال. وقد قطع في «التذكرة» بأنّ اليد إذا كانت يد لقطة لم يحكم له به وكان الأصل فيه الحرّيّة. فلا يحالف بمجرّد الدعوى

ولابدّ من البيّنة. قال: والفرق بين الملتقط وغيره ظاهر، لأنّ اليد إذا كانت عن الالتقاط يعرف حدوثها لا بسبب الملك، لما بيّنّا في أصالة الحرّيّة، ولم تظهر يد تدلّ على خلافها، وأمّا يد غير اللقطة فإنّه تقضي بالملكيّة. لأنّ الظاهر أنّ من في يده شيء وهو متصرّف فيه تصرّف السادات في العبيد فهو ملكه. وهذا بخلاف المال فإنّه يحكم به للملتقط إذا ادّعى ملكيّته، لأنّ المال في نفسه مملوك وليس في دعوى ملكيّته إخراج له عن صفة المال، وأمّا اللقيط فإنّه حرّ ظاهراً فافترقا. فلا بدّ من أن يقيّد كلام المصنّف فيقال: يحكم له به ظاهراً إلّا أن يعلم أنّ يده يد التقاط.

واعلم: أنّ الظاهر من عبارته في اللقطة ـ كما يشير إليه سوقها واستشكاله في الحكم وتعبيره بقوله: «ظاهراً» هنا وهناك لأنّ الظاهر خفيّ جدّاً ـ أنّ هذا الصبيّ المجهول النسب المدّعى لقيط ثبتت عليه يد اُخرى غير يد الالتقاط حكم له به لأجلها مع أنّه في الظاهر لا يكاد يتصوّر، فإنّ الملتقط من لا يد عليه، ومتى كان عليه يد تفيد الملك فليس بلقيط، ولا أرى بذلك صورة إلّا ما عساه يستخيّل أنّ الملتقط قال: هذا عبدي وكان لي عليه يد وقد ضاع منّي فالتقطه، وعلى هذا يكون في الحكم به إشكال ظاهر، منشؤه أنّ اليد ثابتة، وقد أسندها إلى ما يقتضي الملك ولا يتوقّف الحكم بدلالتها على الملك على العلم بسببها، ومن أنّ الالتقاط هو السبب المعلوم والأصل عدم غيره فيحتاج الملك إلى حجّة، وليست اليد كاليد الّتي لم يقارنها وصف الالتقاط، لانتفاء المنافي معها دون هذه فلا تفيد الملك كذلك.

ويؤيّد ما ذكرناه أنّ المحقّق الثاني فهم من العبارة كذلك، قال في وجه الإشكال: إنّ ظاهر اليد الملك ومن أنّ هذا في غير من ثبتت حرّيّته ظاهراً واللقيط محكوم بحرّيته ظاهراً.

هـذا، ولك أن تقول: إنّ عبارة المصنّف في اللقطة وإن كان سوقها في اللقيط،

فلو بلغ وأنكر أُحلف،

إلّا أنّه استطرد ذلك في غير اللقيط فيكون حالها كعبارة «التذكرة» الصريحة في غير اللقيط و«الإرشاد والتحرير والمبسوط» وغيرها، والّذي يفهم من هذه كلّها أنّ المسألة مفروضة فيما إذا وجدنا صبيّاً في يد رجل فادّعى أنّه عبده اشتراه أو ملكه بهبة أو نحوها أو استولده فإنّه يحكم له به ظاهراً. ويكون التقييد بالظاهر لمكان أصالة الحرّيّة، وليس كذلك المال الموجود في يده، فإنّ الأصل فيه الملك، على أنّه قد خلى كثير من العبارات من قوله: «ظاهراً» ثمّ لعلّه لا يريد به إلّا أنّه لا يحكم له به في الواقع عند الله تعالى.

قوله: ﴿فلو بلغ وأنكر أُحلف﴾ المولى كما صرّح به في «التذكرة» وغيرها وقد ظنّ الأردبيلي من عبارة الإرشاد الّتي هي عين هذه العبارة أنّ الحالف هو الصبيّ، وهو سهو قطعاً، وإنّما يقبل قول المولى وإن كان الأصل الحرّيّة، ولا يُقبل قول الصغير إلّا أن يقيم البيّنة على الحرّيّة، لأنّا قد حكمنا برقّه في حال الصغر فلا يرفع ذلك إلّا بحجّة، لكن له تحليف المدّعي، كذا في «التذكرة».

قلت: قضيّة الحكم برقّيّته شرعاً أوّلاً أن لا تسمع دعواه أصلاً فلا يجب على المدّعي الحلف، فتأمّل جيّداً. وقد يقال: على بُعد إنّه يقبل قول الصغير إلّا أن يقيم مدّعي الرقّ بيّنة على رقّه، لأنّ الحكم بالرقّ إنّما جرى حين لا قول له ولا منازعة، وإذا صار معتبر القول فلا بدّ من إقراره أو البيّنة عليه كما لو ادّعى مدّعٍ رقّ بالغ كما يأتي. وفيه: إنّه يفتح باباً عظيماً، لأنّ كلّ من حكم برقّه لليد لا يُلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه.

واعلم إنّي ظفرت للمصنّف رحمه الله تعالى في هذه المسألة في اللقطة بعبارة

وكذا لو كان في يد اثنين. ولو كان كبيراً لم يحكم برقّيّته إلّا أن يصدّقهما أو يصدّق أحدهما فيكون مملوكاً له دون الآخر.

مسائل

الاُولى: لو كانت في أيديهما عين فادّعاها أحدهما وادّعى

اُخرى قال: فإن بلغ وأنكر ففي زوال الرقّ عنه إشكال، ويظهر منه في التجارة عدم القبول كما هنا. ولعلّ وجه الإشكال الّذي ذكره في اللقطة ما أشرنا إليه بقولنا وقد يقال: ... إلخ.

قوله: ﴿وكذا لو كان في يد اثنين﴾ يحكم لهما به إذا اتّفقا أو تنازعا فتحالفا، فلو بلغ وأنكر لم يقبل منه بل يحلفان ويبقى على الرقّيّة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كان كبيراً ... إلخ﴾ لا كلام في رقّيّته إذا صدّقهما أو صدّق أحدهما، للإجماع على قبول إقرار الكامل على نفسه. وقال بعض العامّة: إذا اعترف أنّه مملوك لأحدهما كان مملوكاً لهما، لأنّه ثبت أنّه مملوك باعترافه ويدهما عليه فكان بينهما. وكذا لا خلاف فيما إذا أقام أحدهما بيّنة دون الآخر في أنّه يحكم برقّيّته له. وإنّما الكلام في شيء آخر وهو ما إذا أقاما بيّنتين متعارضتين فصدّق أحدهما خاصّة، فهل يترجّح به بيّنة أم لا؟ الظاهر العدم، لأنّه إن كان مملوكاً فلا يد عليه إلّا لمالكه وهو من رجّحت بيّنته وإذا رجّحت بيّنته لم يحتج إلى تصديقه وإن لم تترجّح بيّنته كان لهما فلا ينفع تصديقه أحدهما، وإن كان حرّاً فلا يد لأحد عليه، فتأمّل.

قوله: ﴿مسائل﴾ ذكرت ستّ مسائل من الدعاوي المتعارضة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿الاُولى: لو كانت في أيديهما عين

الآخر نصفها ولا بيّنة فهي بينهما بالسويّة، وعلى مدّعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه. ولو أقام كلّ منهما بيّنة فالنصف للمستوعب وتعارضت البيّنتان في النصف الّذي في يد صاحب النصف، فإن حكمنا به للخارج،

فادّعاها أحدهما وادّعى آخر منها نصفها ولا بيّنة فهي بينهما بالسويّة﴾ ولكن ﴿على مدّعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه﴾ لمصادقته إيّاه على استحقاق النصف الآخر فلا يدّعي عليه شيئاً. هذا إذا كان النصف مشاعاً كما صرّح به المصنّف والشهيدان وغيرهم. قال في «الروضة»: ولو كان النصف المتنازع معيّناً اقتسماه بالسويّة بعد التحالف فيثبت لمدّعيه الربع [1] انتهى.

قلت: قد ذكر الأصحاب [2] في باب الصلح أنّه لو كان بيدهما درهمان فادّعاهما أحدهما وادّعى الآخر أحدهما فقط أُعطي مدّعيهما معاً درهماً وكان الدرهم الآخر بينهما نصفين. والوجه فيه أنّ مدّعي أحدهما غير منازع في الدرهم الآخر فيحكم به لمدّعيهما، وقد تساويا في دعوى أحدهما يداً فيحكم به لهما.

قال في «الدروس [3]»: إنّ الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً وذكروا المسألة

---

(١) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٠.

(٢) منهم العلّامة في تحرير الأحكام: ج ٢ ص ١٦، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد: ج ٥ ص ٤٣٥، والشهيد الثاني في مسالك الأفهام: ج ٤ ص ٢٦٥.

(٣) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ٣٢٣.

في باب الصلح، فجاز أن يكون الصلح قهريّاً وجاز أن يكون اختيارياً، فإن امتنعا فاليمين.

قلت: العلّامة في «التذكرة» ذكر اليمين وغيره، فلعلّه يريد في الدروس أنّ الكثير لم يذكره. قال في «التذكرة [1]» والأقرب أنّه لابدّ من اليمين فيحلف كلّ منهما لصاحبه على استحقاق نصف الآخر الّذي تصادمت دعواهما فيه، ومن نكل منهما قضي به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قُسم بينهما نصفين.

قلت: اليمين لابدّ منه كما اتّضح دليله فيما سلف. والخبران الدالّان على الحكم هنا وإن خليا عنه إلّا أنّهما منزّلان على ذلك، ففي مرسل محمّد ابن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: بيني وبينك، فقال عليه السلام: قد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنّه لصاحبه وأمّا الآخر بينهما [2]. ونحوه مرسل عبدالله بن المغيرة [3] عن غير واحد من أصحابنا.

والأمر في ذلك سهل، ومحلّ النظر شيء آخر، وهو أنّي وجدت الأصحاب يذكرون مسألة الدرهمين في كتاب الصلح ولا يختلفون في أنّ الثابت لمدّعي النصف إنّما هو الربع، ووجدت جماعة منهم ممّن تعرّض لهذا الفرع الّذي نحن فيه ـ أعني المتاع ـ يحكمون فيه بالتساوي ويذكرونه في كتاب القضاء. وقد فرّق الشهيد الثاني [4] وغيره بأنّ كلّ جزء من العين على تقدير الإشاعة يدّعي كلّ منهما تعلّق حقّه به ولا ترجيح بخلاف المعيّن إذ لا نزاع في غيره، وأنت تعلم بأنّه قد

(١) تذكرة الفقهاء: ج ١٦ ص ١٣٧.
(٢) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٧٠ ب ٩ من كتاب الصلح ذيل ح ١.
(٣) وسائل الشيعة: ج ١٣ ص ١٦٩ ب ٩ من كتاب الصلح ح ١.
(٤) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١٠.

فهو لمدّعي الكلّ أيضاً ولا شيء لمدّعي النصف، وإن حكمنا به لذي اليد فهو لصاحب النصف.

ولو أقام أحدهما بيّنة حكم بها.

يقال: إنّ ما ذكر في بيان الفرق من أنّ كلّ جزء من العين على تقدير الإشاعة يدّعي كلّ منهما تعلّق حقّه به ولا ترجيح فكانت نسبتهما إلى الجميع على السواء في محلّ المنع، إذ المرجّح موجود فإنّ كلّ جزء فرض يكون نصفه بالإشاعة متعلّقاً بمدّعي الكلّ بلا كلام والنزاع في نصفه الآخر أيّ نصف فُرض، فليس نسبتهما إلى الكلّ على السواء حتّى يُقسم الكلّ بل إلى النصف فيُقسم، فلا وجه لاختصاص أحدهما بالحلف، لأنّ الفرض إشاعة التصرّف أيضاً. فالنظر يقتضي في هذا التقدير أيضاً التحالف وقسمة النصف كما في صورة التعيين. وسيأتي ما يؤيّد ذلك عند الكلام على مذهب ابن الجنيد. وبعد ذلك كلّه فالحقّ ما عليه الأصحاب من الفرق بين المقامين عند التأمّل الصادق، على أنّهم لم يذكروا في الحكم خلافاً كما في «الروضة» فليتأمّل جيّداً.

قوله: ﴿فهو لمدّعي الكلّ أيضاً﴾ لأنّ في يد مدّعي النصف النصف فمدّعي الكلّ خارج عنه فتكون العين له على المشهور.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن حكمنا به لذي اليد فهو لصاحب النصف﴾ الضمير راجع إلى المشهود أو المتعارض، وإنّما كان لصاحب النصف لما ذكرناه من استقلال يده عليه، فإذا رجّحت بيّنة الداخل أخذه فتكون العين بينهما نصفين كما لو لم تكن بيّنة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو أقام أحدهما خاصّة بيّنة حكم

ولو كانت في يد ثالث لا يدّعيها وأقاما بيّنة فللمستوعب النصف، ويتعارضان البيّنتان في الآخر فيحكم للأعدل فللأكثر،

بها﴾ هذا مبنيّ على أنّ مدّعي النصف هو ذو اليد على النصف، ولذا حكم بترجيح بيّنة الكلّ لو أقاماها على القول بترجيح الخارج على المشهور. وحينئذٍ لو أقام مدّعي النصف البيّنة فالحكم بها له مشكل بل لابدّ من اليمين، لأنّ وظيفته اليمين لا البيّنة كما تقدّم بيان ذلك مفصّلاً، فإنّما يحكم بها إن حلف أو ردّ اليمين فامتنع صاحبه. وإن أقامها مدّعي الكلّ لابدّ له معها من يمين، لأنّ البيّنة إنّما تثبت له ما في يد صاحبه وحلفه يثبت له ما في يده كما هو واضح. نعم العبارة تستقيم على ظاهرها لو قيل بأنّ تشبّثهما بالنسبة إلى النصف على السواء كما بيّنا في وجه النظر في الفرق السالف وكان الحكم المذكور لا غبار عليه، تأمّل فإنّه ربّما دقّ.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت في يد ثالث لا يدّعيها﴾ لا أرى لهذا القيد وجهاً، لأنّه إذا لم يدّعها لا يخلو من أربعة أُمور، لأنّه إمّا أن يصدّقهما أو يصدّق أحدهما أو يقول: ليست لي ولا أدري ولا أعرف صاحبها أو يقول: هي لغيركما. فإن صدّقهما قضي لهما بها على حسب دعواهما ولا يعتبر الترجيح بالعدالة والأكثريّة على ما هو المشهور، لأنّه يصير حالهما كما إذا كانت في أيديهما، وقد مرّ أنّه لا يعتبر الترجيح حينئذٍ فإن صدّق أحدهما كان ذا يد فلا وجه للترجيح أيضاً بل يبنى على الخلاف من تقديم الداخل أو الخارج. وإن قال: لا أدري فحاله كما هو أنكرهما من غير فرق كما تقدّم ذكره في كلام المصنّف وبيانه هناك. وقد تُرك هذا القيد في جميع عبارات الأصحاب الّتي

فإن تساويا أُقرع ويُقضى للخارج مع يمينه، فإن امتنع حلف الآخر، وإن نكلا قُسم بينهما فللمستوعب ثلاثة الأرباع وللآخر الربع.

وجدتها إلّا «المبسوط[١] والمختلف[٢]».

وفي «التحرير» فرض المسألة أوّلاً من غير تعرّض لإنكار وغيره، قال: ولو ادّعى داراً في يد زيد وادّعى عمرو نصفها وأقام البيّنة فلمدّعي الجميع النصف بغير مزاحم ويتقارعان في النصف الآخر فيحكم به لمن تخرجه القرعة بعد إحلافه[٣].

قلت: وهذا محمول على أنّهما تساويا في البيّنة في العدد والعدالة. ثمّ قال من دون فاصلة: ولو أنكرهما فإن أقاما بيّنة أخذت من يده وحكم للأرجح في العدالة والعدد وإلّا أُقرع. فلم يفرق بين الإنكار وغيره ممّا عدا تصديقهما وتصديق أحدهما، فإنّ كلامه الأوّل يجب أن يُحمل على ما عداهما فتأمّل.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فإن تساويا أُقرع﴾ أي سقطتا وأُقرع. وظاهر «المبسوط» أنّه إجماعي. وسيأتي في أخر المسألة الثالثة احتمال عدم التساقط ويكون تعارض البيّنات كتعارض الأيمان فيُقسم ما تعارضت فيه بين المتنازعين من غير يمين، لأنّ المتنازع وقع في العين والعين قطّ لا تعول، فيقسم على طريق المنازعة كما لو تنازع ثلاثة في ثلاثة عبيد فادّعى أحدهم الجميع والثاني اثنين والثالث واحداً وأقاموا البيّنة، فالخالي عن المنازعة لمدّعي الجميع والخالي عن منازعة مدّعي الواحد بين مدّعي الاثنين ومدّعي الكلّ، والثالث بينهم أثلاثاً. وهذا نقله الشيخ عن بعض[٤] وأيّده بما ذكرنا. وفيه ردّ على أبي علي

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٩٠.
(٢) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٠٤ ـ ٤٠٧.
(٣) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٩٣ ـ ١٩٤.
(٤) المبسوط: ج ٨ ص ٢٩٠.

ويُحتمل أن يكون لمدّعي الكلّ الثلثان ولمدّعي النصف الثلث، لأنّ المنازعة وقعت في أجزاء غير معيّنة ولا مشار إليها فيُقسم على طريق العول.

كما يأتي. ويحتمل إعمال الخارج منهما بالقرعة من غير يمين، لكنّه بعيد ولا سيّما إذا شهدتا بالملك المطلق، وقد تقدّم الكلام في ذلك مفصّلاً.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويُحتمل أن يكون لمدّعي الكلّ الثلثان ولمدّعي النصف الثلث﴾ هذا الاحتمال مذهب أبي علي الكاتب[1] ـ رحمه الله تعالى ـ وهو جار على تقدير ثبوت أيديهما عليها وخروجها عنها. ويُحتمل اختصاص ذلك بما إذا خرجت العين من أيديهما كما هو ظاهر «الروضة[2]» والسرّ فيه كون عدم التعيين فيه أظهر. وظاهر عبارته على ما نقل عنه أنّه مختصّ بما إذا كان في أيديهما، وقد نقل ذلك عنه في «المسالك[3] والدروس[4]»، والعلّة تقتضي التسوية بين الداخلين والخارجين كما أشرنا إليه أوّلاً.

وليعلم أنّ ذلك إنّما هو بعد التحالف أو التعارض وإن كانت عبارته غير صريحة بذلك. والوجه فيه ما ذكره المصنّف من أنّ المنازعة وقعت على أجزاء غير معيّنة ولا مشار إليها فتُقسم العين بينهما على طريق العول. وقد نسب في «الدروس» اختيار ذلك إلى المصنّف في المختلف على الإطلاق مع أنّه في «المختلف» فصّل كما يأتي.

---

(١) نقله عنه العلّامة في مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٠٤.

(٢) الروضة البهيّة: ج ٣ ص ١١١ ـ ١١٢.

(٣) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٢١.

(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠٣.

ومعنى قسمتها على طريق العول يتوقّف على معرفة العول، وقد سلف لنا في المواريث أنّه يستعمل في الزيادة والنقيصة لغة، ومعناه عرفاً هو الزيادة في السهام على وجه يحصل النقص على الجميع.

فنقول: قد علمت أنّ المنازعة وقعت في أجزاء غير معيّنة بل كلّ واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كلّ منهما، فكلّ جزء يدّعي مدّعي النصف نصفه ومدّعي الكلّ جميعه، ونسبة أحد الدعويين إلى الآخر بالثلث فيُقسم أثلاثاً فيدخل النقص على الجميع. أو تقول: لمّا كان هناك نصف نجعلها ثلاثة أنصاف فتنحلّ إلى ثلاثة أثلاث، واحد لمدّعي النصف، واثنان لمدّعي الكلّ، كما لو مات إنسان وعليه لآخر ألف ولآخر ألفان فإنّها تقسم بينهما أثلاثاً، وكما لو كان لأحد الشريكين ضعف ما للآخر ثمّ تلف بعض المال، فإنّ الباقي يُقسم على نسبة رأس المالين.

وفي هذا القول على كلّ تقدير نظر، لأنّ النصف المشاع لا نزاع فيه وهو كافٍ في المطلوب، والنصف الآخر يدّعي كلّ منهما كلّه فيُقسم على طريق المنازعة كما مرّ في مسألة العبيد. والفرق بين النزاع هنا ونزاع ديّان الميّت ظاهر كما أشار إليه في «المختلف[1]» فإنّهم إنّما يتنازعون ابتداءً في الدين المتعلّق بذمّة الميّت دون العين كما فيما نحن. وأمّا المثال الآخر فليس هناك نزاع، لأنّ ما تلف منهما وما بقي فهو لهما على حسب سهامهما.

ولما ذكرناه من وجه النظر والفرق المذكور قال في «المختلف»: والأقوى عندي قول أبي علي لو زاد المدّعون على اثنين وإلّا فالقسمة أرباعاً. والوجه في ذلك دقيق فينبغي بيانه فنقول: يريد أنّه ادّعى أحدهما الكلّ والآخر النصف أو الثلث، بقي في العين جزء لا نزاع فيه، فلا يتّجه قول الكاتب: أمّا لو زادوا عن اثنين

---

(١) مختلف الشيعة: ج ٨ ص ٤٠٦.

الثانية: لو كانت في يد ثلاثة فادّعى أحدهم النصف والثاني الثلث والثالث السدس، فيد كلّ واحد على الثلث، فصاحب الثلث لا يدّعي زيادة عمّا في يده، وصاحب السدس يفضل في يده سدس لا يدّعيه سوى مدّعي النصف فيحكم له به،

لا يبقى في العين جزء لا نزاع فيه.

قلت: ولابدّ من قيد آخر قطعاً وهو أن يكون قد استوعبت دعاوي غير مدّعي الجميع العين أو زادت عليها كما إذا ادّعى أحد الثلاثة الجميع وادّعى الآخر الثلثين والآخر الثلث أو النصف، فإنّه حينئذٍ لا يبقى جزء لا نزاع فيه، فكأنّه قال في «المختلف» هذا، هو الأقوى إن زاد المدّعون على اثنين واستوعبت دعاوي غير مدّعي الجميع العين أو زادت عليها.

هذا وفيما ذكروه هنا في حجّة المشهور من أنّ أحد النصفين لا نزاع فيه ونسبتهما إلى النصف الآخر واحد فيقتسمانه كما ذكرنا في وجه النظر ما يؤيّد ما ذكرناه في صدر هذه المسألة الأُولى من عدم الفرق بين مسألة الدرهمين ومسألة العين، فتذكّر.

قوله قدّس الله تعالى روحه في المسألة الثانية: ﴿**وصاحب السدس يفضل في يده سدس لا يدّعيه سوى مدّعي النصف فيحكم له به**﴾ إن صدّقه مدّعي السدس. وإن عزاه إلى غائب، فإن أقام مدّعي النصف البيّنة بتملّك النصف انتزع تمام السدس من يد مدّعي السدس إن صدّق مدّعي النصف مدّعي الثلث في تملّك الثلث، وإن كذّبه انتزع من كلّ منهما نصف سدس، لأنّه ادّعى سدساً مشاعاً فليس له تخصيص أحدهما. وإن

وكذا لو أقاموا بيّنة.

ولو ادّعى كلّ منهم أنّ باقي الدار عارية أو وديعة معه وكانت لكلّ واحد منهم بيّنة بما ادّعاه من الملك قُضي له به، لأنّ بيّنته تشهد له بما ادّعاه ولا معارض لها، وإن لم يكن لواحد بيّنة حلف كلّ منهم وأقرّ في يده ثلثها.

اعترف مدّعي النصف بالسدس للغائب، وقال: إنّما استولى على سدسي مدّعي الثلث انتزعه من مدّعي الثلث إن فقد البيّنة وإن كان له بيّنة وتحقّق التعارض بُني على ترجيح الداخل والخارج. وما ذكره المصنّف في الحقيقة لا نزاع فيه فلا حاجة لأحد منهم إلى اليمين.

وللعامّة قول ذكره في «المبسوط» بأنّه إذا جحد بعضهم بعضاً كانت بينهم أثلاثاً. قال في «المبسوط» ــ ونعم ما قال ــ: وهذا غلط عندنا، لأنّه لا يجوز أن يدّعي واحد سدساً فيقضى له بثلث[1].

قوله: ﴿وكذا لو أقاموا بيّنة﴾ أي كان لكلّ منهم ما يدّعيه ولم يفتقر إلى بيّنة، لأنّه لا نزاع بينهم حقيقة. وللعامّة في المسألة قول ذكره في «المسالك[2]».

قوله: ﴿قُضي له به﴾ فيأخذ صاحب النصف السدس من صاحب السدس.

قوله: ﴿حلف كلّ منهم﴾ الوجه فيه أنّ كلّاً منهم يدّعي أن الباقي وديعة عنده أو عارية فيحلف كلّ منهما للآخر، فيحلف مدّعي السدس أنّ له سدساً والباقي وديعة عنده، وكذا الآخران، ولمّا عدم الترجيح اقتسموها أثلاثاً. فيقرّ كلّ منهما على ما في يده. وكذا الشأن لو أقام كلّ منهما بيّنة بالملك

---

(١) المبسوط: ج ٨ ص ٢٩١.

(٢) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٢٣.

الثالثة: لو ادّعى أحدهم الجميع، والثاني النصف، والثالث الثلث ويدهم عليها، فإن لم يكن بيّنة فلكلٍّ الثلث، وعلى الثاني والثالث اليمين للمستوعب، وعليه وعلى الثالث اليمين للثاني.

وإن أقام المستوعب بيّنة أخذ الجميع. وإن أقام الثاني أخذ النصف، والباقي بين الآخرين نصفان للمستوعب السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس، ويحلف الثالث على الربع الّذي يأخذه جميعه.

والاستيداع أو الإعارة جميعاً أخذ كلّ منهما ثلثها. فعلى القول بتقديم بيّنة الخارج يأخذ كلّ منهما من الآخر سدسها فيحصل عنده ثلث، وعلى تقديم بيّنة الداخل يقرّ في يد كلّ منهما ثلثها.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فلكلٍّ الثلث﴾ أي الثلث الّذي بيده.

قوله: ﴿وعلى الثاني والثالث اليمين للمستوعب﴾ لأنّه يدّعي ما في أيديهما.

قوله: ﴿وعليه وعلى الثالث اليمين للثاني﴾ أي على المستوعب وعلى مدّعي الثلث اليمين لمدّعي النصف، لأنّه يدّعي على كلّ منهما نصف السدس، وبقي الثالث فإنّه لا تتوجّه له يمين على أحد. لأنّ ما بيده تمام ما يدّعيه.

قوله: ﴿وإن أقام المستوعب بيّنة أخذ الجميع﴾ لم يذكر اليمين ولابدّ منه فيحلف على ما في يده، ولعلّه بناه وما بعده وما سلف له ممّا ناقشناه فيه مراراً على ما سيأتي له في السبب الثاني من المبحث الرابع في أسباب الترجيح من إسقاط بيّنة الداخل اليمين.

قوله: ﴿وإن أقام الثاني أخذ النصف ... إلخ﴾ قد علمت أنّ الثاني في

وإن أقام الثالث أخذه، والباقي بين الآخرين نصفان،

يده ثلث فإذا أقام البيّنة على النصف تمّمنا له ذلك بنصفي سدس يأخذها من الباقين تضاف إلى ما في يده، أو نقول: إنّه يأخذ النصف جميعه ممّا في يد الآخرين لتقديم بيّنة الخارج، فيبقى النصف الآخر ـ وهو ستّة من اثني عشر ـ يُقسم بين الآخرين نصفين كما أشار إليه المصنّف بقوله: «والباقي بين الآخرين نصفان» والأولى: نصفين. فيحصل لكلّ منهما سدس ونصف سدس، للمستوعب السدس اثنان بلا منازع فلا يمين عليه فيه ويريد تمام نصف الباقي وهو يتمّ بنصف سدس أعني واحداً فيحلف عليه للثالث لأنّه يدّعيه، ويحلف الثالث على الربع الّذي يأخذه جميعه ـ وهو ثلاثه ـ للمستوعب لأنّه يدّعيه جميعه.

قوله: ﴿وإن أقامها الثالث أخذه﴾ أي أخذ الثلث الّذي يدّعيه من الباقين بناء على تقديم بيّنة الخارج أو أخذ الّذي بيده.

قوله: ﴿والباقي بين الآخرين نصفان﴾ الباقي ثمانية لكل أربعة، لكن للمستوعب السدس اثنان من دون منازع فلا يمين فيبقى ستّة يريد منها سدساً آخر وهو اثنان ليكمل نصفه، فيحلف على السدس للثاني أعني مدّعي النصف، لأنّه يدّعي هذا السدس، فيبقى أربعة للثاني هي ثلث اثني عشر يحلف عليها جميعها للمستوعب لأنّه يدّعيها. هذا ما ذكره المصنّف.

والتحقيق في هذين الفرضين: أنّ من أقام بيّنة ـ ثانياً كان أو ثالثاً ـ أخذ ما يدّعيه ممّا في يد الباقين، ويبقى ما في يده وباقي ما في أيديهما يتنازعان فيه، فالّذي في أيديهما يقتسمانه كما ذكر المصنّف، وما في يد صاحب البيّنة خارج من أيديهما فيُقرع ويُحكم بكلّه أو بعضه لمن حلف منهما. وما ذكر المصنّف

للمستوعب السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر، ويحلف الثاني على جميع ما يأخذه. وإن أقام كلّ بيّنة فإن قُضي للداخل قُسمت أثلاثاً، لأنّ لكلّ واحد بيّنة ويداً على الثلث. وإن قُضي للخارج

على هذين الفرضين من كون الباقي بين الآخرين من غير تفصيل بين الخارج منهما وبين الّذي في أيديهما فلعلّه مبني على ما سيأتي له من إسقاط بيّنة الداخل اليمين كما عرفت في الفرض الأوّل. ومن الغريب! أنّه في «المسالك» لم يتفطّن إلى ذلك مع أنّ عادته التحقيق.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وإن قضي للخارج﴾ هذا الاحتمال فيه نظر ظاهر، وهو أنّه إذا أخذ مدّعي النصف السدس كملاً فإنّما يأخذه من المستوعب وذلك غير متّجه، لأنّ مدّعي النصف يدّعي على مدّعي الثلث نصف سدس وعلى المستوعب نصف سدس. فالّذي ينبغي حينئذٍ أن تتعارض البيّنتان في نصف السدس كما يأتي، إلّا أن تقول: التوفيق بين الشهادتين مهما أمكن وجب المصير إليه ولمّا كانت بيّنة مدّعي النصف قائمة بسدس خارج في الجملة فلا ينبغي أن يحمل على السدس الّذي في يد مدّعي الثلث لمصادمة بيّنة المستوعب له بالنسبة إلى ما في يد الثالث، ولا على أنّه يقسم بينهما لمكان المصادمة أيضاً، فيجب أن يحمل على السدس الّذي في يد المستوعب فإنّه لا مصادمة فيه. أو نقول: لمّا قدّمت بيّنة مدّعي الكلّ في الثلث الّذي بيد الثالث صار كأنّ الثلثين بيده، والسدس لا يخرج عن الثلثين، فيُقدّم مدّعي النصف بسدس. ويشكل هذا بأنّ ثلث الثالث لا يُقضى به للمستوعب بأسره لمصادمته بيّنة الثاني بنصف سدس منه.

سقطت بيّنة الثالث، لأنّها داخلة، وللثاني السدس لأنّ بيّنته خارجة فيه، وللمستوعب خمسة أسداس لأنّ له السدس بغير بيّنة، لأنّه لا منازع له فيه فإنّ أحداً لا يدّعيه، وله الثلثان لكون بيّنته خارجة فيهما.

ويحتمل أن يقال: في يد كلّ واحد الثلث أربعة من اثني عشر،

أو نقول: إنّه مبنيّ على أنّ الثاني يصدّق الثالث على ما في يده وإنّما يدّعي على الأوّل فيأخذ منه سدس ما في يده.

قوله: ﴿ويحتمل أن يقال: في يد كلّ واحد الثلث أربعة ... إلخ﴾ هذا الاحتمال خيرة المصنّف في «التحرير[1] والإرشاد[2]» وعليه المحقّق[3] والشهيدان[4]. وهو مذهب الأكثر كما في «المسالك[5]» وحاصل هذا الاحتمال أن يقال: أصل المسألة من ستّة ليكون لها نصف وثلث فنضرب اثنين في ثلاثة لمكان التباين بين المخرجين، فالحاصل ستّة. ولمّا احتيج إلى نصف سدس لأنّ الثاني يدّعيه على كلّ من الباقين رجعت إلى اثني عشر، لأنّا نطلب أقلّ عدد له نصف سدس وما هو إلّا اثنا عشر، وحيث يقسم نصف السدس بين اثنين إذا امتنعا من اليمين ترتقي المسألة إلى أربعة وعشرين حاصلة من ضرب مخرج النصف في اثني عشر. ولك أن تطويها حينئذ إلى ثمانية للمستوعب سبعة أثمان ولمدّعي النصف ثمن، ويأتي بيان ذلك.

---

(١) تحرير الأحكام: ج ٥ ص ١٩٦.
(٢) إرشاد الأذهان: ج ٢ ص ١٥٤.
(٣) شرائع الإسلام: ج ٤ ص ١١٧.
(٤) الدروس الشرعية: ج ٢ ص ١٠٣ ـ ١٠٤، مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٢٥.
(٥) مسالك الأفهام: ج ١٤ ص ١٢٧.

فللمستوعب ممّا في يده ثلاثة بغير منازع والأربعة الّتي في يد الثاني لقيام البيّنة للمستوعب بها وسقوط بيّنة الثاني بالنظر إليها لأنّه داخل وثلاثة ممّا في يد الثالث، ويبقى واحد ممّا في يد المستوعب للثاني، وواحد ممّا في يد الثالث يدّعيه كلّ من الثاني والمستوعب فيُقرع ويُقضى للخارج بعد اليمين، فإن امتنع حلف الآخر، فإن امتنعا قسم نصفين. فيحصل للمستوعب عشرة ونصف.

قوله: ﴿فللمستوعب ممّا في يده ثلاثة بغير منازع﴾ هذا ظاهر، لأنّ الثالث لا ينازعه في شيء أصلاً والثاني إنّما ينازعه في نصف السدس.

قوله: ﴿والأربعة الّتي في يد الثاني﴾ أي وللمستوعب الأربعة الّتي في يد الثاني لعدم نزاع الثالث وقد أقام المستوعب بها بيّنة فيأخذها لأن كان خارجاً.

قوله: ﴿وسقوط بيّنة الثاني بالنظر إليها﴾ هذا عطف على قيام أي يأخذها أي الأربعة لسقوط بيّنة الثاني بالنظر إلى الأربعة، وذلك لأنّه داخل بالنسبة إليها.

قوله: ﴿وثلاثة ممّا في يد الثالث﴾ أي ويأخذ المستوعب ثلاثة ممّا في يد الثالث، وذلك لأنّه لا ينازعه في الثلاثة الثاني أعني مدّعي النصف وإنّما ينازعه في نصف السدس.

قوله: ﴿فيحصل للمستوعب عشرة ونصف﴾ لأنّه أخذ أربعة الثاني وثلاثة من الثالث وقد كان في يده ثلاثة لا منازع له فيها. والنصف هو نصف السدس الّذي اقتسماه. وإن أردت التصحيح جعلتها من أربعة وعشرين كما عرفت، فيكون في يد كلّ واحد منهم ثمانية، فمدّعي الثلث لا يدّعي زيادة

وللثاني واحد ونصف، ويسقط الثالث.

ولو كانت أيديهم خارجة فالنصف للمستوعب لعدم المنازعة، ويقرع في الآخر، فإن خرجت للمستوعب أو للثاني حلف وأخذ، وإن خرجت للثالث حلف وأخذ الثلث، ثمّ يُقرع بين الآخرين في السدس. ولو أقاموا بيّنة فالنصف للمستوعب لعدم المنازع، والسدس الزائد يتنازعه المستوعب والثاني، والثلث يدّعيه الثلاثة، وقد تعارضت البيّنات فيه، فيُقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج صاحبه حلف وأخذ، ويكون الحكم كما لو لم يكن بيّنة. ولو نكلوا عن الأيمان أخذ المستوعب النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث، والثاني نصف السدس وثلث الثلث والثالث التسع،

عمّا في يده وهو داخل فلا بيّنة له، ومدّعي النصف يدّعي على كلّ واحد اثنين تتمّة النصف فيأخذ من المستوعب اثنين ببيّنته لعدم المعارض، ويبقى للمستوعب ستّة ممّا في يده ويأخذ جميع ما في يده مدّعي النصف، وينازع مدّعي النصف في الاثنين الّذي يدّعيهما على مدّعي الثلث، فمع عدم اليمين يقتسمانهما لكلّ واحد واحد، ويأخذ المستوعب من مدّعي الثلث ستّة هي الزائد عمّا يدّعيه مدّعي النصف. فقد اجتمع للمستوعب أحد وعشرون ولمدّعي النصف ثلاثة هي الثمن. وحينئذٍ لك أن تطويها إلى ثمانية للمستوعب سبعة أثمان ولمدّعي النصف ثمن.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ولو كانت أيديهم خارجة﴾ أي واعترف ذو اليد أنّه لا يملكها ولا بيّنة.

قوله: ﴿فمن خرج صاحبه حلف وأخذ ويكون الحكم كما لو

فيخرج من ستّة وثلاثين، للمستوعب خمسة وعشرون، وللثاني سبعة و للثالث أربعة.

ويُحتمل أن يقال: أقلّ عدد له ثلث ونصف ستّة، فالثالث يدّعي اثنين والثاني ثلاثة، فتخلص ثلاثة للمستوعب بغير منازع،

لم يكن بيّنة﴾ للتساقط. فإن نكل الخارج بالقرعة عن اليمين على الثلث، وحلف أحد الباقيين دون الآخر كان له الثلث وإن حلفا اقتسماه نصفين.

قوله: ﴿فتخرج من ستّة وثلاثين﴾ ليكون لثلثها ثلث ولسدسها نصف، فتضرب أوّلاً ثلاثة في ثلاثة تكون تسعة لثلثها ثلث وليس لها سدس، فتضرب فيها وفق الستّة وهو ثلثها تصير ثمانية عشر لها سدس ليس له نصف، فتضرب فيها اثنين تكون ستّة وثلاثين. ولك طريق آخر وهو أن تقول: إنّا نحتاج إلى نصف سدس وتسع ومخرج الأوّل اثنا عشر والثاني تسعة وبينهما توافق بالثلث، ومضروب ثلث أحدهما في الآخر ستّة وثلاثون. ولك طريق آخر وهو أن تقول: أصل القسمة ستّة ثمّ إنّا نحتاج إلى قسمة السدس نصفين فنضرب اثنين في ستّة وإلى قسمة الثلث فنضرب ثلاثة في اثني عشر فالحاصل ستّة وثلاثون.

قوله: ﴿للمستوعب خمسة وعشرون﴾ وذلك لأنّه أخذ ثمانية عشر بلا نزاع وثلاثة نصف السدس الزائد وأربعة ثلث الثلث. وقد علمت أنّ هذا الاحتمال مبنيّ على تساقط البيّنات بالتعارض فيكون الحكم كما لو لم يكن بيّنة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويحتمل أن يقال: أقلّ عدد ... إلخ﴾ هذا الاحتمال والّذي قبله متساويان في الحاصل لكلّ واحد، لكنّ الأوّل مبنيّ على تساقط البيّنتين والعود إلى الأيمان، أو على أنّ اليمين مع القرعة تعيّن

وتنازع المستوعب والثاني في سهم من الثلاثة الباقية، فيقسم بينهما بضرب اثنين في ستّة تصير اثني عشر، للمستوعب ستّة بغير منازع، والثالث لا يدّعي أكثر من أربعة، فسهمان بين المستوعب والثاني.

يبقى أربعة يتنازع الثلاثة فيها بالسويّة فيقسم أثلاثاً. فيكمل للمستوعب ثمانية وثلث وللثاني اثنان وثلث وللثالث واحد وثلث. وعلى العول للمستوعب ستّة وللثاني ثلاثة وللثالث سهمان تصحّ من أحد عشر.

البيّنة الصحيحة، والثاني مبنيّ على عدم تساقط البيّنات ولكن تعارضها كتعارض الأيمان فيحكم بالقسمة فيما تعارضت فيه البيّنات بين المتنازعين من غير يمين، كما لو شهدت البيّنة بالوصيّة بالعين لزيد والأُخرى بالوصيّة بها لعمرو فإنّهما يقتسمان. وهما أيضاً مبنيّان على المشهور من القسمة على طريق النزاع وتداخل الدعاوي لا على العول كما يأتي. وأقلّ عدد له نصف وسدس ستّة فأصل المسألة من ستّة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويتنازع المستوعب والثاني في سهم من الثلاثة الباقية﴾ هذا النزاع مختصّ بهما ولا نزاع فيه معهما للثالث فيُقسم بينهما لتعارض بيّنتهما نصفين ولا ينقسم صحيحاً فتضرب اثنين في ستّة.

قوله: ﴿تتنازع الثلاثة فيها بالسويّة﴾ فإنّ كلّاً منهم يدّعيها فتنقسم بينهم أثلاثاً لتعارض البيّنات، فللمستوعب ثمانية وثلث. فإن أردت تصحيح الثلث ضربت مخرج الثلث في اثني عشر تكون ستّة وثلاثين ومنها تصحّ صحيحة.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿وعلى العول للمستوعب ... إلخ﴾

الرابعة: لو ادّعى أحدهم الجميع، والثاني الثلثين، والثالث النصف، احتيج إلى حساب له ثلثان ونصف وذلك ستّة. فالثاني يدّعي أربعة والثالث ثلاثة، فلا منازعة لهما في سهمين فهما للمستوعب، بقي أربعة لا يدّعي الثالث إلّا ثلاثة، فبقي سهم يتنازعه المستوعب الثاني فيكون بينهما فينكسر، فيضرب اثنين في ستّة فتصير اثني عشر. فالثاني لا يدّعي أكثر من ثمانية، فيسلم أربعة للمستوعب، والثالث لا يدّعي أكثر من ستّة،

لأنّ فريضتهم من ستّة، لأنّها كما علمت أقلّ عدد له نصف وسدس فنعول[1] عليها نصفها وثلثها، فيصير المجموع أحد عشر، يأخذ المستوعب كلّ أصل الفريضة و هو ستةّ وذاك نصفها والآخر ثلثها.

وبقي هناك قسم آخر من المسألة، وهو أنّه إن كان لبعضهم بيّنة سقطت دعوى من لا بيّنة له إن لم يبق شيء كأن أقامها مدّعي الكلّ أو هو ومدّعي النصف، فإنّه على التقديرين لم يبقَ شيء، وإن بقي شيء كأن أقامها مدّعي النصف أو هو ومدّعي الثلث فإنّ الباقي لمن لا بيّنة له كما هو ظاهر.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿الرابعة ... إلخ﴾ هذا الفرض فيما إذا أخرجت العين عن أيديهم كما سيشير إلى ذلك، ويصحّ إذا تعارضت البيّنات وأعملناها ولم نقل بالتساقط.

قوله: ﴿فالثاني لا يدّعي أكثر من ثمانية﴾ الثاني هو مدّعي الثلثين وثلثا الاثني عشر ثمانية لا يدّعي الثاني أكثر منها فضلاً عن الثالث فإنّه لا يدّعي

---

(١) كذا، والظاهر: يعول.

فسهمان للمستوعب والثاني لكلّ منهما سهم، وبقيت ستّة استوت منازعتهم فيها فلكلّ واحد سهمان، فللمستوعب سبعة هي نصف ونصف سدس وللثاني ثلاثة وهي ربع، وللثالث سهمان وهما سدس.

وعلى العول يضرب المستوعب بالكلّ وهو ستّة والثاني بالثلثين وهو أربعة والثالث بالنصف وهو ثلاثة. فالجمع ثلاثة عشر، للمستوعب ستّة من ثلاثة عشر و للثاني أربعة وللثالث ثلاثة. أمّا لو كانت يدهم عليها ففي يد كلّ واحد الثلث، فيصحّ من أربعة وعشرين،

أكثر من ستّة، فتسلم أربعة للمستوعب بلا منازع.

قوله: ﴿فسهمان للمستوعب والثاني﴾ أي لهما سهمان من الثمانية الباقية بعد أخذ الأربعة الّتي لا نزاع فيها.

قوله: ﴿وللثالث سهمان هي سدس﴾ كذا نقل عن خط المصنّف[1] ـ رحمه الله تعالى ـ فيكون المراد أنّ هذه الحصّة أو القطعة سدس.

قوله: ﴿وعلى العول﴾ العول هنا أن تزيد على أصل الفريضة الّتي هي ستّة ثلثيها ونصفها، فالجميع ثلاثة عشر.

قوله: ﴿والثاني بالثلثين وهو أربعة﴾ كذا نقل عن خطّه ـ رحمه الله تعالى ـ أي وهذا النصيب أو القسم أو الكسر أربعة.

قوله: ﴿فتصحّ من أربعة وعشرين﴾ هذا مبنيّ على إقامة كلّ البيّنة

---

(١) كما في كشف اللثام: ج ١٠ ص ٢١٠.

لأنّا نجمع بين دعوى المستوعب والثاني على ما في يـد الثـالث، فالمستوعب يدّعيه أجمع والثاني يدّعي نصفه، فالنصف للمستوعب فصار أرباعاً،

وتعارضها من دون إسقاط.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿والثاني يدّعي نصفه﴾ بيان ذلك: أنّ الثاني ـ وهو مدّعي الثُلثين ـ في يده ثلث فيدّعي عـلى الثـالث سـدساً وعـلى المستوعب سدساً آخر ليكمل له ثلثان، ولمّا كان في يد الثالث ثلث فالثاني إنّما يدّعي منه نصفه وهو السدس.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فصار أربـاعاً﴾ بـيان ذلك: أنّـه إذا أقام المستوعب والثـاني البـيّنة عـلى مـا فـي يـد الثـالث تـعارضت البـيّنتان في نصف ما في يد الثالث، لأنّ النصف الآخر يسلم للمستوعب، لأنّه لا ينازعه فيه الثاني، فنريد أن نقسم النصف الّـذي وقـع فـيه النـزاع نـصفين، فـإذا أردنـا ذلك كان المال الّذي تنازع فـيه الجـميع هـو ثـلاثة، لأنّ المـفروض أنّ يـدهم عليه أرباعاً لانقسام أحد أقسام الثلاثة نصفين فانكسرت في مخرج الربع فنضرب أربعة في ثلاثة هي أصل المال فالجميع اثنا عشر كـما ذكـر المـصنّف، فـي يـد الثالث من الاثني عشر أربعة فيأخذ منها المستوعب عند تعارض البيّنات سهمين، فيبقى سهمان من الأربعة نقسمهما بـين المسـتوعب والثـاني، لأنّ الثـاني إنّـما يريد النصف ممّا في يد الثالث وقد عارضته بيّنة المستوعب فيه فـيقسم بـينهما نصفين كما عرفت. وذلك يحتاج إلى تأمّل في الجملة، وإلّا فكلّما زاد الإيـضاح في هذه المسائل دقّت.

فالجميع اثنا عشر، ثمّ يُجمع بين دعوى المستوعب والثالث على ما في يد الثاني وهو الثلث من اثني عشر، فالمستوعب يدّعيها والثالث ربعها، فسلمت ثلاثة للمستوعب، وتنازعا في سهم فانكسر فصار أربعة وعشرين في يد كلّ واحد ثمانية.

ثمّ نجمع بين دعوى المستوعب والثاني على ما في يد الثالث وهي ثمانية، فأربعة سلمت للمستوعب بلا منازعة، لأنّه لا يدّعي إلّا ستّة عشر من الجميع والثمانية في يده وأربعة في يد المستوعب وأربعة في يد الثالث والأربعة الأُخرى بالسويّة بينهما.

قوله: ﴿وتنازعافي سهم فانكسر فصار أربعةوعشرين﴾ أي تنازع المستوعب والثالث في ربع الثلاثة، فنريد أن نقسمه عليهمانصفين لتعارض البيّنتين فانكسر في مخرج النصف فضربنا اثنين في اثني عشر فالحاصل أربعة وعشرون، فيصير في يد الثاني ثمانية، والثالث يدّعي ربعهااثنين وقدعارضته بيّنةالمستوعب فيقسم الربع بينهما لكلّ واحد واحد. وهذا ما أراد المصنّف بقوله: «لكلّ ثمانية».

قوله: ﴿ثمّ نجمع بين دعوى المستوعب والثاني ... إلخ﴾ أراد أنّه لمّاصار المال أربعة وعشرين احتجنا إلى أن نرجع إلى أوّل العمل، فلذا أتى بـ«ثمّ».

قوله: ﴿لأنّه لا يدّعي إلّا ستة عشر﴾ الضمير راجع إلى الثاني.

قوله: ﴿والأربعة الأُخرى بالسويّة بينهما﴾ أي الأربعة الّتي بقيت من الثمانية الّتي في يد الثالث الّذي أخذ المستوعب منها أربعة فبقيت أربعة، فهذه الأربعة الباقية تقسم بين المستوعب والثاني بالسويّة. وفيه دقّة، لأنّه وسّط بين قسمة الثمانية بيان مدّعي الثاني وأين هو؟ فقال: ثمانية في يده وأربعة في يد المستوعب وأربعة في يد الثالث.

فحصل للمستوعب ستة وللثاني سهمان. ثمّ نجمع بين دعوى المستوعب والثالث على ما في يد الثاني فالثالث يدّعي سهمين،فستّة سلمت للمستوعب وتنازعا في سهمين فلكلّ سهم، فصار للمستوعب سبعة وللثالث سهم. ثمّ نجمع بين دعوى الثالث والثاني على ما في يد المستوعب وهو ثمانية، فالثاني يدّعي أربعة والثالث سهمين، فيأخذ الثاني أربعة والثالث سهمين، يبقى في يد المستوعب سهمان له. فحصل للمستوعب من الثالث ستّة ومن الثاني سبعة وبقي في يده سهمان، فالجميع خمسة عشر، وحصل للثالث من الثاني سهم ومن المستوعب اثنان وذلك ثلاثة، وحصل للثاني ممّا في يد الثالث سهمان ومن المستوعب أربعة وذلك ستّة.

وعلى العول نجمع بين دعوى المستوعب والثاني على ما في يد الثالث، فالمستوعب يدّعيه أجمع والثاني يدّعي نصفه، فيضرب هذا بسهم وهذا بسهمين صار ثلاثه: ثمّ نجمع بين دعوى المستوعب والثالث على ما في يد الثاني، فالثالث يدّعي ربعه والمستوعب كلّه ومخرج الربع أربعة، فنضرب هذا بسهم وهذا بأربعة، فيصير ما في يدهخمسة. ثمّنجمعبيندعوىالثالث والثانيعلىمافييد المستوعب، فالثالث يدّعي ربع ما في يده والثاني نصفه، والنصف والربع من أربعة، فيجعل ما في يده أربعة فانكسر حساب العين على الثلث

قوله: ﴿فالثالث يدّعي سهمين﴾ لأنّه يدّعي أربعة أسهم سهمين من الثاني وآخرين ممّا في يد المستوعب.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿فانكسر حساب العين على

والربع والخمس، فاضرب ثلاثة في أربعة وخمسة في المرتفع تبلغ ستّين، ثمّ ثلاثة في ستّين لأنّ في يد كلّ واحد الثلث تبلغ مائة وثمانين في يد كلّ واحد ستّون، فثلث ما في يد الثالث للثاني وهو عشرون، وثلثاه أربعون للمستوعب، وخمس ما في يد الثاني وهو اثنا عشر للثالث، وأربعة أخماسه للمستوعب ثمانية وأربعون، ونصف ما في يد المستوعب وهو ثلاثون للثاني، وربعه خمسة عشر للثالث وبقي ممّا في يده خمسة عشر له، فيكمل للمستوعب مائة وثلاثة، وللثاني خمسون، وللثالث سبعة وعشرون.

الخامسة: لو كانت الدار في يد أربعة فادّعى أحدهم الكلّ والثاني الثلثين والثالث النصف والرابع الثلث، فإن لم يكن بيّنة فلكلٍّ الربع الّذي في يده بعد التحالف. ولو كانت يدهم خارجة فإن أقام أحدهم بيّنة حُكم له، وإن أقام كلٌ بيّنة خلص للمستوعب الثلث بغير مزاحم ويبقى التعارض بين بيّنة المستوعب والثاني في السدس فيُقرع بينهما بعد تساوي البيّنتين عدالة وعدداً،

الثلث﴾ لم يذكر النصف مع أنّه قد انكسر عليه أيضاً، لدخوله في الربع.

قوله: ﴿فإن أقام أحدهم بيّنة حكم له﴾ قد سلف لنا أنّه إذا بقي شيء فلذي اليد أو لمن يصدّقه أو لمن حلف بالتفصيل السالف.

قوله: ﴿في السدس فيقرع﴾ هذا السدس إنّما يتنازع فيه المستوعب والثاني لا ينازعهما فيه غيرهما، وهو ما بين النصف والثلثين فيحلف صاحب القرعة ويأخذه، وإن نكل حلف الآخر وأخذه، وإن نكلا قسما بينهما.

ثمّ يقع التعارض بين بيّنة المستوعب والثاني والثالث في السدس فيُقرع بينهم فيه، ثمّ يقع التعارض بين الأربعة في الثلث فيُقرع. ولايُقضى للخارج إلّا مع اليمين، فإن نكل حلف الآخر، فإن امتنع قسما. ولا استبعاد في حصول الكلّ للمستوعب، فإنّ حكمه تعالى غير مخطئ.

قوله: ﴿ثمّ يقع التعارض بين المستوعب والثاني والثالث في السدس﴾ هذا السدس غير ذلك السدس، لأنّ هذا ما بين النصف والثلث ولا يدّعيه الرابع، فإنّه إنّما يدّعي الثلث وهو باق فيُقرع بين الثلاثة في السدس فيأخذه صاحب القرعة، وإن لا يحلف حلف الآخران وأخذاه. ويحتمل القرعة بينهما أيضاً، فيحلف صاحبها وإلّا الآخر، ومع نكول الكل يقسم بين الثلاثة أثلاثاً.

قوله: ﴿في الثلث فيقرع﴾ أي بين الأربعة فيحلف صاحب القرعة، فإن نكل احتملت القرعة بين الباقين، فإن نكلوا قسم بينهم أرباعاً.

قوله: ﴿ولا يُقضى للخارج إلّا مع اليمين﴾ أي لا يقضى للخارج بالقرعة إلّا مع اليمين، كما قدّمنا.

قوله: ﴿ولا استبعاد في حصول الكلّ للمستوعب ... إلى قوله: وحكمه تعالى غير مخطئ﴾ يريد أنّه إذا خرجت القرعة للمستوعب فلا بعد في حصول الكلّ له في ميراث كلّها فإنّ القرعة كاشفة عن حكمه وحكمه تعالى غير مخطئ. ولعلّ الاستبعاد ممّا قد يتمسّك به من يرى القسمة بتعارض البيّنات من غير قرعة.

ولو نكل الجميع عن الأيمان قُسم ما يقع فيه التنازع بين المتنازعين في كلّ مرتبة بالسويّة، ويكون الإقراع هنا في ثلاثة مواضع. أو نقول: يأخذ المستوعب الثلث ثمّ يتقارع الجميع في الباقي، فإن خرج المستوعب أو الثاني أخذه وإن خرج الثالث أخذ النصف وأُقرع بين الثلاثة في الباقي، وإن خرج الرابع أخذ الثلث وأُقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي. وتصحّ المسألة من ستّة وثلاثين،

قوله: «ويكون الإقراع هنا في ثلاثة مواضع» في السدس الأوّل والسدس الثاني والثلث، وعلى ما احتملناه نحن يزيد الإقراع كثيراً.

قوله: «أو نقول: يأخذ المستوعب» يريد أنّا قد لا نحتاج إلى الإقراع ثلاثاً بل نقرع مرّتين.

قوله: «وأُقرع بين الثلاثة في الباقي» هذا الباقي هو السدس.

قوله رحمه الله تعالى: «وتصحّ من ستّة وثلاثين» أصلها ستّة للاحتياج إلى النصف والثلث فنضرب الاثنين في الثلاثة، ثمّ تنكسر بسبب التعارض بين مدّعي الكلّ والثلاثين في السدس وقسمته نصفين[1] في مخرج النصف فحصل اثنا عشر، ثمّ تنكسر في مخرج الثلث لوقوع التعارض بينهما وبين الثالث في السدس وقسمته بينهم أثلاثاً فتضرب ثلاثة في اثني عشر. أو نقول: إنّا نطلب عدداً لسدسه نصف وثلث ليمكن قسمته على اثنين وعلى ثلاثة فنضرب ستّة في اثنين ثمّ اثنا عشر في ثلاثة.

---

(١) كذا، والظاهر سقط «فنضرب» من البين.

للمستوعب عشرون، وللثاني ثمانية وللثالث خمسة وللرابع ثلاثة.

ولو كانت في أيديهم ففي يد كلّ واحد الربع. فإذا أقام كلّ بيّنة بدعواه فإن قُضي للداخل فلكلٍّ الربع، لأنّ له بيّنة ويداً، وعلى القضاء للخارج تسقط بيّنة كلّ واحد بالنظر إلى ما في يده وتسمع فيما في يد غيره، فيجمع بين كلّ ثلاثة على ما في يد الرابع ويُنتزع لهم ويُقضى فيه بالقرعة واليمين، ومع الامتناع بالقسمة، فيجمع بين المستوعب والثالث والرابع على ما في يد الثاني وهو ربع اثنين وسبعين،

قوله: ﴿للمستوعب عشرون﴾ وذلك لأنّه يأخذ اثني عشر بلا نزاع، وثلاثة: نصف السدس الّذي نازعه فيه الثاني، واثنين ثلث السدس الّذي وقع النزاع فيه بينهما وبين الثالث، وثلاثة ربع الثلث الباقي.

قوله: ﴿وللثاني ثمانية﴾ لأنّه حصل له بالقسمة الأُولى ثلاثة وبالثانية اثنان وبالثالث ثلاثة.

قوله: ﴿وللثالث خمسة﴾ لأنّه ما حصل له شيء إلّا من القسمتين الأخيرتين فحصل له من أُوليهما اثنان ومن ثانيهما ثلاثة.

قوله: ﴿وللرابع ثلاثة﴾ لأنّه لم يحصل له شيء إلّا من القسمة الرابعة وهو ثلاثة.

قوله: ﴿وينتزع لهم﴾ طريق الانتزاع أن يقضى فيه بالقرعة واليمين.

قوله: ﴿ربع اثنين وسبعين﴾ لأنّ أصل الفريضة أربعة، إذ بيد كل واحد ربع وباعتبار أنّ الرابع يريد ثلث المجموع فيريد من كلّ واحد من أصحابه الثلاثة

وذلك ثمانية عشر، فالمستوعب يدّعيها، والثالث يدّعي ثلثها، والرابع تسعها، فيخلص للمستوعب عشرة، ويتقارع المستوعب والثالث في ستّة، فيحلف الخارج أو الآخر أو يتقاسمان، ويتقارع المستوعب والرابع في اثنين ويحلف الخارج أو الآخر أو يقسم،

تسع ما في يده من الأرباع فإنّه يريد تكملة الربع الّذي بيده ثلثاً، فإذا أخذ تسع ما في أيديهم كان المأخوذ ثلاثة أتساع ربع وإذا ضمّت ثلاثة أتساع الربع إلى الربع يصير ثلثاً، فنضرب مخرج الربع في مخرج التسع، فالحاصل ستّة وثلاثون، بيد كلّ واحد تسعة. ثمّ إنّه قد ينقسم تسع الربع وهو واحد بين الرابع وبين مدّعي الكلّ كما ستعرف، فتنكسر في مخرج النصف فنضرب المجموع في اثنين فالحاصل اثنان وسبعون. وإن شئت قلت: إنّا نريد عدداً يكون لربعه ثلث وتسع ولتسع ربعه نصف فنضرب أربعة في تسعة ونضرب اثنين في ستّة وثلاثين.

قوله: ﴿وذلك ثمانية عشر﴾ أي ربعها ثمانية عشر.

قوله قدس الله تعالى روحه: ﴿والثالث يدّعي ثلثها﴾ لأنّ بيده ثمانية عشر ويدّعي النصف ستّة وثلاثين، فيدّعي على كلٍّ ستّة ليكمل له ستّ وثلاثون.

قوله: ﴿والرابع تسعها﴾ لأنّه يدّعي الثلث أربعة وعشرين وبيده ثمانية عشر فيدّعي على كلّ الثلاثة ستّة فيريد من كلّ اثنين هما تسع ثمانية عشر.

قوله: ﴿فيخلص للمستوعب عشرة﴾ هذا العشرة لا منازع له فيها.

قوله: ﴿أو الآخر﴾ أي إذا نكل الخارج بالقرعة.

قوله: ﴿أو يتقاسمان﴾ أي إذا نكلا.

قوله: ﴿أو يقسم﴾ أي يقسم الاثنان بينهما إذا نكلا.

ثمّ يجتمع دعوى الثلاثة على ما في يد الثالث، فالمستوعب يدّعيه، والثاني يدّعي خمسة أتساعه، والرابع يدعي تسعاً، فيخلص الثلث للمستوعب ويقارع الآخرين على ما ادّعياه فيحلف الخارج أو الآخر أو يقسم، ثمّ يجمع الثلاثة على ما في يد الرابع، فالمستوعب يدّعيه، والثاني يدعي خمسة أتساعه، والثالث يدّعي ثلثه، يبقى تسعه اثنان للمستوعب ويقارع الباقين على ما تقدّم. فإن امتنعوا من الأيمان فالقسمة،

قوله: ﴿والثاني يدّعي خمسة أتساعه﴾ لأنّه يدّعي الثلثين ثمانية وأربعين وبيده ثمانية عشر، فيدّعي على كلّ من الثلاثة ثلثين على كلّ واحد عشرة، والعشرة خمسة أتساع ثمانية عشر.

قوله: ﴿والرابع يدّعي تسعاً﴾ قد عرفت أنّه يدّعي على كلّ اثنين والاثنان تسع الثمانية عشر.

قوله: ﴿أو يقسم﴾ أي المتنازع فيه، فيقتسم المستوعب مع الثاني عشرة منها ومع الرابع اثنين.

قوله: ﴿يبقى تسعة﴾ وهما اثنان يخلصان للمستوعب.

قوله قدّس الله تعالى روحه: ﴿ويقارع الباقين على ما تقدّم﴾ يحتمل أن يكون المراد على الطريق المتقدّم بأن يقارع الثاني ثمّ الثالث ويحلف الخارج أو الآخر. ويحتمل أن يكون المراد بما تقدّم الخمسة الأتساع والثلث، فكأنّه قال: ويقارع الباقين على الخمسة الأتساع والثلث.